

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**A RESPONSABILIDADE PELO PEDIDO INFUNDADO DE
DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA**

RUI ALEXANDRE DOS SANTOS PINTO SERRA

DISSERTAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

2014

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**A RESPONSABILIDADE PELO PEDIDO INFUNDADO DE
DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA**

RUI ALEXANDRE DOS SANTOS PINTO SERRA

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELA SENHORA PROFESSORA
DOUTORA MARIA RAQUEL REI

MESTRADO EM DIREITO

2014

RESUMO

Um pedido infundado de insolvência, seja movido pelos legitimados do art.º 20º/1 do CIRE, seja apresentado pelo próprio devedor (arts.º 18º e 19º), constitui, talvez, a pretensão processual civil mais perigosa de todas. Com efeito, o recurso precipitado, intencional ou não, ao processo concursal, facilmente redundará em enormes prejuízos.

Ora, historicamente, o legislador português tem-se preocupado em prever a responsabilidade de quem requer uma insolvência sem fundamento. Ainda assim, ontem como hoje, é notória a insuficiência das normas que perseguem esta finalidade.

Efectivamente, o art.º 22º do CIRE, ao restringir a responsabilidade do requerente falimentar ao dolo, deixou de fora a maior parte dos casos. Além disso, para agravar a situação, introduziu no sistema jurídico da responsabilidade por comportamentos processuais ilícitos várias contradições valorativas.

Estamos certos que a resolução deste problema passará pela correcta interpretação do art.º 22º, de modo a restringir o seu âmbito, por um lado, e a expandir o seu elemento subjectivo, pelo menos à negligência grave, por outro.

Todavia, para garantir a reposição da situação dos lesados e a devida responsabilização dos requerentes de insolvência injustificada, pensamos que pode, ainda, ser defensável o recurso a outros enquadramentos legais, nomeadamente ao regime geral da litigância de má fé (arts.º 542º a 545º do CPC), ao regime geral da responsabilidade civil (arts.º 483º e ss. e 762º e ss. do CC), ao instituto do abuso do direito (art.º 334º do CC) ou, até, à responsabilização criminal (art.º 228º/1 do CP).

Palavras-chave: pedido infundado, insolvência, perigosidade, art.º 22º do CIRE, consequências jurídicas.

ABSTRACT

An unfounded petition of insolvency, whether moved by some legitimate of CIRE's article 20/1, or submitted by the debtor himself (articles 18 and 19), is perhaps the most dangerous of all civil procedural pretensions. Indeed, the precipitated recourse to the insolvency proceeding, intentional or not, will easily result in huge losses.

Well, historically, the portuguese legislator has been concerned in foresee the responsibility of those who ask baseless insolvency. Even so, the legal standards that follow that purpose continue to be insufficient.

Actually, the CIRE's article 22, by restricting the responsibility of the insolvency requester to intentional wrong, left out most of the cases. Besides, to worsen the situation, this article brought to the juridical system of the responsibility for illicit procedural conducts several contradictions.

We are confident that this problem's solution is related with the correct interpretation of the article 22, in order to restrict its scope on the one hand, and to expand its subjective element, at least to gross negligence, on the other.

However, to ensure the reparation of the damage and to properly give responsibility to the requesters of unjustified insolvency, we think that it may be defensible the recourse to other legal framework, namely, the general regime of bad faith's litigation (articles 542 to 545 of CPC), the general regime of civil responsibility (articles 483 ff. and 762 ff. of CC), the institute of abuse of rights (article 334 of CC) or even criminal liability (article 228/1 of CP).

Keywords: unfounded petition, insolvency, dangerousness, CIRE's article 22, juridical consequences.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
INTRODUÇÃO.....	7
I. RESENHA HISTÓRICA.....	9
II. O ARTIGO 22º DO CIRE.....	17
1. O pedido infundado e a apresentação indevida à insolvência.....	18
2. A perigosidade do processo falimentar.....	26
3. A restrição ao dolo.....	35
3. 1. Fonte inspiradora da solução restritiva.....	39
3. 2. Escopo da norma restritiva.....	44
4. O surgimento de contradições sistemáticas.....	49
5. Potenciais soluções para harmonizar o controverso artigo 22º.....	54
5. 1. Expansão do elemento subjectivo.....	55
5. 2. Interpretação integrada da norma	58
5. 3. Solução adoptada.....	63
III. OUTRAS FORMAS DE REAGIR AO PEDIDO INFUNDADO DE INSOLVÊNCIA.....	68
1. Aplicação do regime geral da litigância de má fé.....	68
2. Aplicação do regime geral da responsabilidade civil.....	70
3. O abuso do direito como resposta à acção disfuncional de insolvência.....	71
4. Responsabilização criminal.....	75
IV. EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA INSOLVÊNCIA INJUSTIFICADA.....	79
CONCLUSÕES.....	84
JURISPRUDÊNCIA.....	88
BIBLIOGRAFIA.....	90

ABREVIATURAS

al.	alínea
als.	alíneas
art.º	artigo
arts.º	artigos
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
cfr.	confrontar
cit.	citado
coord.	coordenação de
CPC	Código de Processo Civil
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência
CP	Código Penal
CRC	Código do Registo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
D. L.	Decreto-Lei
ed.	edição
MP	Ministério Público
n.º	número
n.ºs	números
<i>op. cit.</i>	obra citada
p.	página
Sep.	Separata
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
vd.	vide
vol.	volume

INTRODUÇÃO

I. Com este trabalho propomo-nos analisar a responsabilização adveniente da dedução infundada ou indevida de pedido de insolvência. Todavia, como não poderia deixar de ser, além deste efeito jurídico de cariz responsabilizatório, intentaremos igualmente abordar as consequências resultantes daquele pedido para os lesados. Interessar-nos-á, portanto, o impacto do pedido falimentar infundado na globalidade, quer para o requerente, quer para o requerido e restantes afectados.

A temática em apreço, em certa perspectiva, espelha o Direito da insolvência sediado no CIRE ¹: um misto de questões processuais e materiais que é necessário resolver ². Na verdade, no nosso caso, de um lado temos um impulso processual sem fundamento e do outro todas as consequências jurídicas dele resultantes.

Trata-se de uma matéria que, ao longo dos anos, não recebeu a merecida atenção. Julgamos, no entanto, que a relevância do tema é inquestionável, atenta a grande envergadura e irreversibilidade que caracteriza o processo concursal de insolvência e, muito particularmente, atenta a elevada danosidade associada ao simples pedido de insolvência.

Efectivamente, mesmo que a declaração judicial da insolvência indevidamente requerida seja recusada, a mera abertura do processo gerará perda de prestígio, induzirá desconfiança e deixará cicatrizes de cautela exacerbada ³. Para além disso, o impulso processual falimentar constitui um momento importantíssimo, pois poderá ser definidor do destino económico e social de diversas pessoas e entidades.

Ora, se por um lado é sabido que o estado deficitário de um devedor pode atingir os mais variados interesses, devendo, com a maior brevidade possível, aplicar-se o remédio mais adequado de modo a que se evite o arrastamento da situação de crise e se estanque a perda de activos e o engrossamento do passivo, por outro lado deve reconhecer-se que caso este estado não seja correctamente apreendido, com os cuidados exigidos a quem abre um procedimento de insolvência, deduzir-se-á um pedido infundado que poderá originar os mesmos sacrifícios, uma vez que pode transformar um estado meramente hipotético de insolvência num estado real e consumado.

¹ Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo D. L. n.º 53/2004, de 18 de Março, ao qual dirão respeito todos os artigos referidos doravante sem indicação da fonte, com excepção dos que se retire pelo contexto que pertencem a outros diplomas.

² No entender do professor LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 17, “...o Direito da Insolvência é essencialmente Direito substantivo, de natureza privada, constituindo um ramo próprio do Direito da responsabilidade patrimonial...” Diz, contudo, o professor, que o Direito da insolvência tem ainda uma forte componente processual e que “O CIRE, embora regulando essencialmente os aspectos substantivos da insolvência encontra-se estruturado em torno do processo de insolvência...”

³ Vd. o acórdão do TRC de 12-06-2012, in www.dgsi.pt.

Pensamos, desse modo, que a mensagem transmitida, desde 2004, através do CIRE ⁴, no sentido de se dever requerer o mais rapidamente possível a declaração do estado de insolvência, não deve justificar que o pedido ou a apresentação à insolvência se tornem actos corriqueiros e apressados, atentos os efeitos nefastos que normalmente deles resultam. Deve pois tratar-se de um último recurso, ao qual só se chegará legitimamente se, depois de uma análise cuidada, o estado de incapacidade económico-financeira do devedor se tiver como altamente provável e não houver uma via menos drástica para resolver a situação, designadamente extrajudicial.

II. Teremos como principal alvo da nossa atenção o art.º 22º do CIRE, que contém actualmente a norma especialmente consagrada para a responsabilização pelo pedido infundado ou pela apresentação indevida à insolvência.

Conforme veremos, atendendo ao elemento subjectivo exigido (o dolo), trata-se de um dispositivo excessivamente limitado no que concerne às hipóteses de requerimentos injustificados e danosos de insolvência que poderão ser abarcadas. Esta circunstância tem levado a doutrina a dirigir-lhe intensa crítica e a reclamar, em uníssono, uma solução mais abrangente de modo a que se proceda também à responsabilização do requerente falimentar temerário ou leviano e se integre eficazmente a situação do lesado pelos extensos prejuízos que um pedido de insolvência pode aportar.

O art.º 22º tem ainda sido associado ao surgimento de inúmeras contradições valorativas no nosso sistema jurídico, particularmente quando confrontado com os regimes gerais de responsabilidade civil e processual civil e com os outros regimes especiais de responsabilidade por comportamento processual ilícito, uma vez que todos contêm soluções bem mais abrangentes para iniciativas processuais menos perigosas.

Por conseguinte, além da indispensável busca pela melhor compreensão do regime responsabilizatório limitado do art.º 22º, na senda de alguns importantes trabalhos de investigação acerca deste tema ⁵, procurar-se-á saber se a responsabilização pelo pedido infundado de insolvência não poderá encontrar no nosso ordenamento jurídico outros enquadramentos para além do tipo especial de responsabilidade do art.º 22º, como forma de responder mais satisfatoriamente aos requerimentos falimentares indevidos e alcançar a coerência valorativa dentro do nosso sistema jurídico global.

⁴ Atenuada, como veremos, com a sexta alteração do diploma, introduzida pela Lei 16/2012, de 20 de Abril.

⁵ Vd., especialmente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Lisboa, 2006 e PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

I. RESENHA HISTÓRICA

I. A partir do momento em que o instituto da falência passou a ser sistematicamente regulado, o legislador português sentiu a necessidade de prever expressamente a responsabilidade pelo pedido infundado ou indevido de falência. Na verdade, salvo breves períodos de omissão, de 1833 até aos dias de hoje, podemos constatar que o impulso falimentar injustificado, atenta a sua gravidade, mereceu um tratamento específico ⁶.

II. Começemos por abordar o regime em vigor no Código Comercial Ferreira Borges ⁷, o primeiro a regular globalmente o instituto da falência e a prever a responsabilidade do requerente falimentar.

O seu art.º 1166º ⁸ determinava: “Revogada a sentença de declaração da quebra, tudo será posto no antigo estado. E o comerciante, contra quem teve lugar o procedimento, poderá intentar a sua acção d’indemnização de perdas e danos, se no procedimento interveio dolo, falsidade, ou injustiça manifesta, contra o autor da injúria.”

Era uma previsão normativa consideravelmente abrangente, dado que abarcava todos os casos em que a declaração de falência era revogada e o requerente tinha actuado maliciosamente, falseando a verdade dos factos ou com injustiça manifesta.

Afigura-se-nos, inclusivamente, que se se fizesse apelo à injustiça manifesta estaria em causa um dado essencialmente objectivo, presumivelmente relacionado com a falta de fundamento para a declaração de quebra, o que conduz à conclusão de que nesta altura poderia haver responsabilização em caso de pedido infundado de insolvência, desde que com ele o devedor tivesse sofrido prejuízos e independentemente da demonstração de um grau específico de culpa, designadamente do dolo, pois o comerciante devedor podia solicitar a responsabilização do requerente logo que demonstrasse a existência de dolo, falsidade ou injustiça manifesta, não sendo necessário demonstrar cumulativamente todas aquelas circunstâncias.

Por outro lado, a norma não previa ainda a responsabilidade do requerente que interpusse o seu pedido de quebra com dolo, falsidade ou injustiça manifesta e visse o seu

⁶ A evolução integral do regime legal de responsabilidade do requerente de falência em Portugal pode ser observada na obra de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 195 a 204, 225 e 226, que seguiremos de perto; até ao Código de Falências de 1935, a evolução pode ser consultada na REVISTA DOS TRIBUNAIS, “Responsabilidade civil do requerente de falência”, ano 56º, 1938, p. 306 a 308, e até ao Código de Processo Civil de 1961 é feita alusão às normas que nesta sede vigoraram entre nós por PEDRO DE SOUSA MACEDO, na sua obra *Manual de direito das falências*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1964, p. 397 e 398.

⁷ Vd. *Código Commercial Portuguez seguido de um appendice*, Imprensa da universidade, Coimbra, 1879, p. 9 a 278, onde consta o “Código Commercial” de 1833, aprovado por Decreto de 18 de Setembro de 1833.

⁸ *Op. cit.*, p. 170.

pedido denegado. Apenas relevava a hipótese em que já tinha sido declarada a quebra e esta era revogada.

O art.º 1166º do “Codigo Commercial” de 1833 caracterizava-se também por prever o recurso a uma acção autónoma para o ressarcimento dos danos sofridos. Ora, ao prever o recurso a “...acção d’indemnização de perdas e danos...”, parecia remeter para os princípios gerais da responsabilidade civil ⁹, juízo que ganharia força a partir de 1867, com a entrada em vigor do Código Civil e do seu regime geral de responsabilidade civil, uma vez que é esta responsabilidade que historicamente persegue objectivos ressarcitórios e integradores da situação do lesado.

III. Seguiu-se o Código Veiga Beirão de 1888 ¹⁰, que estipulava no art.º 699º, § 2º ¹¹: “Os credores que requererem a declaração de quebra sem audiência do fallido respondem para com elle por perdas e danos, sendo convencidos da falta de fundamento para a quebra, salva sempre a acção criminal, se a ella houver lugar.”

A responsabilidade do credor requerente passou a restringir-se à hipótese em que este solicitava a quebra sem a audiência prévia do devedor. Para este caso, o legislador dispensava o lesado de provar o dolo ou a má fé do credor, sendo suficiente a demonstração da “...falta de fundamento para a quebra...” ¹², o que se podia compreender pois configurava o tipo mais perigoso de acção de falência.

Quando estivesse em causa uma acção de falência comum, processada com a audiência do requerido, esta caía já para lá das margens do apertado regime do art.º 699º, § 2º, do “Codigo Commercial” de 1888. Considerando a posição de CUNHA GONÇALVES, assente na defesa da possibilidade de recurso, em geral, às regras da responsabilidade civil para integrar a situação do comerciante indevidamente requerido ¹³, o caso poderia ser resolvido, porventura, através do regime geral da responsabilidade civil (art.º 2361º do Código Seabra).

⁹ É esta a interpretação avançada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 195.

¹⁰ Vd. *Collecção Official da Legislação Portuguesa*, Anno de 1888, Imprensa Nacional, Lisboa, 1889, p. 309 a 356 (in <http://net.fd.ul.pt/legis/1888.htm>), onde consta o “Codigo Commercial” de 1888, aprovado por Decreto de 23 de Agosto de 1888.

¹¹ *Op. cit.*, p. 352.

¹² Referindo-se ao art.º 699º, § 2º, do Código Comercial de 1888 por confronto com o anterior art.º 1166º do Código Ferreira Borges, dizia a REVISTA DOS TRIBUNAIS, “Responsabilidade civil do requerente de falência”, cit., p. 307, que ele “...era, simultaneamente, mais generoso e mais avaro para com o arguido de falência: responsabilizava os credores requerentes por perdas e danos, desde que fôsem convencidos da falta de fundamento para a quebra, não exigindo, portanto, prova do dolo ou má fé; mas, por outro lado, restringia a responsabilidade ao caso de a quebra ser requerida sem audiência do falido.”

¹³ Vd. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao código comercial português*, vol. III, Lisboa, 1918, p. 494.

IV. Em 1899, o primeiro “Codigo de fallencias” ¹⁴ passa a estabelecer no seu art.º 5º, §2º ¹⁵: “Denegada a declaração de fallencia ou revogada a sentença que a declarou, o credor que a houver requerido com dolo ou má fé responde para com o arguido por perdas e danos, salva sempre a acção criminal que tiver logar.”

O “Codigo de Processo Commercial” de 1905 ¹⁶ vem entretanto acolher o “Codigo de fallencias” de 1899 e manter na íntegra aquele esquema no seu art.º 187º, § 2º ¹⁷.

Por esta altura, passa-se a prever, expressamente, como hipótese a ter em conta ao lado da revogação da sentença declaratória de falência, o indeferimento do pedido falimentar e a norma responsabilizatória volta a reportar-se ao pedido de falência em geral, independentemente de o requerido ter sido ouvido. Além disso, à imagem das regras anteriores, estatui-se que o credor responderá perante o devedor por perdas e danos, permitindo continuar a presumir a remissão para as regras gerais da responsabilidade civil ¹⁸. No entanto, esta regra é bem mais exigente ao não se bastar com a falsidade, a injustiça ou a falta de fundamento, sendo necessário que o credor tenha agido com dolo ou má fé.

Esta limitação às iniciativas maliciosas causava estranheza junto da doutrina, que se questionava se a responsabilização não seria possível, atentos os extensos danos que o devedor requerido podia sofrer, nos termos do já referido dispositivo geral de responsabilidade civil do art.º 2361º do Código de Seabra ¹⁹.

Particular destaque mereceu a posição assumida por CUNHA GONÇALVES, ao sustentar que o facto de o art.º 187º, § 2º, do Código de Processo Commercial se referir expressamente ao

¹⁴ Vd. *Collecção Official da Legislação Portuguesa*, Anno de 1899, Imprensa Nacional, Lisboa, 1900, p. 205 a 217 (in <http://net.fd.ul.pt/legis/1899.htm>), onde consta o “Codigo de fallencias” de 1899, aprovado por Decreto de 26 de Julho de 1899.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 205.

¹⁶ Vd. *Collecção Official da Legislação Portuguesa*, Anno de 1905, Imprensa Nacional, Lisboa, 1906, p. 623 a 648 (in <http://net.fd.ul.pt/legis/1905.htm>), onde consta o “Codigo de Processo Commercial” de 1905, aprovado por Decreto de 14 de Dezembro de 1905.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 635.

¹⁸ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Codigo de fallencias anotado*, 1901, p. 46, depois de chamar a atenção para a gravidade do pedido de falência, defendia que os princípios gerais de processo civil não bastavam para tornar efectiva esta responsabilidade, pois segundo eles, se a parte vencida litigou de má fé, o tribunal, além da multa, apenas a poderia condenar a pagar à outra parte uma indemnização que não podia exceder o dobro das custas do processo. Na sua opinião, embora a própria decisão sobre o pedido de declaração de falência pudesse proceder à condenação por má fé, o valor da indemnização a atribuir ao devedor lesado “...não podia reduzir-se áquella insignificância”, pelo que deveria ser em acção por fora que essa matéria (das perdas e danos) seria discutida e a indemnização liquidada. Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 198, a opinião de BARBOSA DE MAGALHÃES demonstra que a doutrina distinguia a responsabilidade civil geral (*culpa in agendo*) da litigância de má fé própria das regras de processo e defendia a abertura de acção por fora onde se imporia a responsabilidade civil ao requerente culposos de falência.

¹⁹ Vd. *Collecção Official da Legislação Portuguesa*, Anno de 1867, Imprensa Nacional, Lisboa, 1868, p. 287 a 434 (in <http://net.fd.ul.pt/legis/1867.htm>), onde consta o “Codigo civil portuguez” de 1867, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867. Na p. 423 podemos ver que do art.º 2361º resultava: “Todo aquelle, que viola ou offende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causa.” Era uma regra de responsabilidade civil particularmente ampla, uma vez que não exigia um grau de culpa específico do lesante para que o lesado pudesse ser indemnizado.

dolo e à má fé não significava que fosse inaplicável ao requerente de falência a regra geral do art.º 2361º do CC de 1867, devendo este ser responsabilizado sempre que “...tiver procedido temerária, leviana e imprudentemente, embora sem a intenção de prejudicar, que é a característica do dolo.”²⁰

Contrariamente, para a REVISTA DOS TRIBUNAIS, na vigência do Código de Processo Comercial de 1905, a inexigência de dolo ou má fé para responsabilizar o requerente de falência era muito discutível, referindo a esse propósito que “...nos casos em que a lei exige requisitos especiais para ser responsabilizado o requerente de qualquer acto de processo, não são invocáveis os princípios genéricos da responsabilidade civil [...] Doutro modo, os aludidos textos seriam inúteis.”²¹

V. Especial menção merece o Decreto n.º 21758, de 22 de Outubro de 1932²², uma vez que introduziu em Portugal o instituto da insolvência, na altura exclusivamente destinado aos devedores não comerciantes (art.º 1º), por contraponto com a legislação relativa à falência que era apenas aplicável aos devedores comerciantes. Ora, rezava assim o seu art.º 23º: “Aqueles que dolosa ou falsamente justificarem a insolvência de qualquer devedor ficam constituídos para com êste em responsabilidade civil por perdas e danos, que será determinada no próprio processo de insolvência, sem prejuízo do procedimento criminal a que haja lugar.”

É manifesto que no caso dos devedores sem actividade comercial o rol de prejuízos causados pelo pedido indevido não parece ser tão extenso. No entanto, não se pode deixar de anotar que o legislador, no seguimento do art.º 5º, § 2º do “Codigo de fallencias” e do art.º 187º, § 2º do “Codigo de Processo Commercial” de 1905, introduziu, no seio dos processos de liquidação colectiva, mais um regime exigente para a responsabilização do requerente.

VI. Com a entrada em vigor do Código de Falências de 1935²³ nova polémica: nada se estabeleceu acerca da responsabilidade do requerente de falência.

Conforme referia a REVISTA DOS TRIBUNAIS, uma das hipóteses era “...que o autor do Código de Falências, ao suprimir os §§ 2º e 3º do artigo 187º [Código de Processo Comercial de 1905], tivesse o intuito de relegar a responsabilidade do requerente da falência para os princípios gerais de direito.”²⁴ Ainda assim, a secção doutrinal daquela revista acabaria por

²⁰ Cfr. *Comentário ao código comercial português*, cit., p. 494.

²¹ Cfr. “Responsabilidade civil do requerente de falência”, cit., p. 307.

²² Disponível em www.dre.pt/pdf1s/1932/10/24800/20612063.pdf.

²³ Aprovado pelo D. L. n.º 25 981, de 26 de Outubro de 1935.

²⁴ Cfr. “Responsabilidade civil do requerente de falência”, cit., p. 308. A hipótese adiantada estava em sintonia com uma facção doutrinal aludida na Revista, que defendia justamente que o corte visava integrar o caso nos

perfilhar outro entendimento, referindo que “...no silêncio da lei, é muito problemático o direito a indemnização; a nosso ver, êle não existe, embora o futuro Código de processo [de 1939] deva estabelecê-lo.”²⁵

O professor MENEZES CORDEIRO, observando o debate gerado com a omissão legislativa, entende que havia duas hipóteses: ou se remetia para os princípios gerais, ou se admitia uma total irresponsabilidade. Na sua opinião, apenas a primeira opção seria válida, podendo, depois, equacionar-se - embora a alternativa fosse falsa, uma vez que ambos os institutos, “...com pressupostos distintos, finalidades diversas e regimes autónomos, podem funcionar em simultâneo” - duas sub-hipóteses: ou se aplicavam as regras gerais da responsabilidade civil, ou se recorria ao regime processual da litigância de má fé²⁶.

Por nosso lado, achamos particularmente estranho que em 1935 o Decreto n.º 21758 continuasse a prever, ainda que em termos restritivos, a responsabilização do requerente de insolvência, e o Código de Falências não curasse minimamente da responsabilização do requerente de falência infundada, atenta a sua maior gravidade, por se reportar ao comércio.

VII. A controvérsia em torno da falta de estipulação da responsabilidade do requerente de falência não durou muito, uma vez que o CPC de 1939²⁷ recebe a matéria da falência²⁸ e volta a contemplar a hipótese do requerimento indevido, dizendo o seu art.º 1152º: “Denegada a declaração de falência ou revogada a sentença que a declarou, verificar-se-á sempre se o requerente procedeu de má fé²⁹ para o efeito de, em caso afirmativo, ser condenado em multa e indemnização nos termos dos artigos 465º e seguintes, salva a acção criminal a que houver lugar.” Como bem observa PEDRO DE SOUSA MACEDO, “No Código de Processo Civil de 1939, pelo art.º 1152º veio a expressar-se a aplicação do regime geral sobre má fé processual.”³⁰ De facto, é evidente que o artigo limitou-se a fazer uma remissão clara da responsabilidade do requerente de falência para a litigância de má fé³¹.

princípios gerais, “...exigindo-se hoje a simples prova da culpa para que o requerente de falência não decretada ou mandada levantar tenha de indemnizar o requerente dos prejuízos que lhe cause” (*op. cit.*, p. 306).

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cfr. *Litigância de má-fé...*, cit., p. 200.

²⁷ Aprovado pelo D. L. n.º 29 637, de 28 de Maio de 1939.

²⁸ Recebe igualmente, nos seus arts.º 1355º e ss., a matéria da insolvência dos não comerciantes, anteriormente regulada pelo Decreto n.º 21758, de 22 de Outubro de 1932.

²⁹ Por esta altura, a expressão “má fé” era frequentemente usada como sinónimo de dolo, de malícia, dando-se relevância ao elemento psicológico do comportamento processual censurável e não ainda à sua vertente ética (vd. PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, cit., p. 290), como veio claramente a acontecer entre nós, a partir de 1995/1996, com a entrada em cena da negligência grosseira no campo da litigância de má fé.

³⁰ Vd. *Manual de direito das falências*, cit., p. 397 e 398.

³¹ PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, cit., p. 505, é contundente ao afirmar que a regra do art.º 1152º sujeitava “...a constituição do dever de indemnizar todas as perdas e danos decorrentes de comportamento processual aos parâmetros do art.º 465º do CPC de 1939.”

Ora, colocada perante normas que pareciam permitir considerar apenas as actuações maliciosas (arts.º 1152º e 465º do CPC), a doutrina, mais uma vez impressionada porque o requerente de falência somente responderia por perdas e danos em caso de dolo, ponderava o concurso da responsabilidade restritiva prevista com a que poderia ser fundada nas regras gerais do Código civil de 1867, tal como vinha reclamando CUNHA GONÇALVES.

Com a aprovação do CPC de 1961³², o legislador manteve a remissão para a litigância de má fé, no art.º 1188º, epigrafado “apreciação oficiosa da má fé do requerente”³³.

A principal novidade dizia respeito à ligeira alteração introduzida no regime geral da litigância de má fé, dado que, ao invés da anterior fórmula do art.º 465º do CPC de 1939 (“não podia razoavelmente desconhecer”), passava a resultar do art.º 456º/2 do CPC de 1961 que o requerente respondia se deduzisse pretensão cuja falta de fundamento “não ignorava”. Esta modificação indicia que o legislador pretendeu alterar a valoração contida no art.º 465º do CPC de 1939, uma vez que, até certo ponto, a fórmula usada parecia permitir abranger os casos de negligência grave³⁴. A partir de 1961, porém, não restam dúvidas: na hipótese concreta do pedido processual infundado só relevava a dedução dolosa e, por conseguinte, tendo em conta a remissão do art.º 1188º, só relevava o pedido infundado doloso de falência.

Quanto à dúvida, já anteriormente colocada, acerca da possibilidade de aplicar ao requerente de falência o regime geral da responsabilidade civil, embora a literatura nacional sobre o tema fosse escassa e a confusão entre a litigância de má fé e a *culpa in agendo* se verificasse³⁵, na esteira de CUNHA GONÇALVES era possível encontrar nas palavras de PEDRO DE SOUSA MACEDO a defesa da aplicação do instituto da responsabilidade civil aos casos de requerimento indevido de falência, para além da má fé ou do dolo, pois asseverava: “Na doutrina, a tendência é para alargar a responsabilidade civil do requerente da falência aos casos de culpa, pelo menos de culpa grave. A temeridade e a ligeireza do requerente pode provocar prejuízos extensos na empresa, pela perda do crédito ou pela suspensão das suas actividades, o que justifica um tratamento especial da responsabilidade processual. Basta a notícia de que se requereu a falência para provocar a retracção do crédito, sem que a decisão judicial possa sanar a desconfiança surgida.”³⁶

³² Aprovado pelo D. L. n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961.

³³ Vd. PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de direito das falências*, cit., p. 398; ANTÓNIO MOTA SALGADO, *Falência e insolvência/Guia prático*, 2ª ed., Editorial Notícias, Lisboa, 1987, p. 81 e 84 e HELDER MARTINS LEITÃO, *Da acção de falência, insolvência, recuperação da empresa e protecção dos credores*, Elcla, Porto, 1992, p. 144.

³⁴ Vd., contudo, PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, cit., p. 241, que afirma que o sistema se manteve constante e não foram alteradas as valorações feitas no CPC de 1939.

³⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 203.

³⁶ Vd. *Manual de direito das falências*, cit., p. 398.

VIII. O art.º 1188º do CPC de 1961 manteve-se em vigor até à aprovação do CPEREF³⁷ de 1993, altura em que foi revogado, juntamente com todos os outros preceitos do CPC relativos à falência e à insolvência.

O CPEREF, contudo, nada previu para substituir o art.º 1188º³⁸, voltando a responsabilidade do requerente pelo pedido indevido de falência a não ser especialmente considerada pelo legislador.

Pese embora esta opção legislativa, não podemos olvidar que em 1993 o sistema de responsabilidade por comportamento processual ilícito continuava a contar com a regra geral do art.º 456º/2 do CPC que tipificava o ilícito de dedução de pedido infundado, pelo que a ele poderiam ser reconduzidos os pedidos infundados de falência (dolosos). E com a revisão processual civil de 1995/1996³⁹, que alastrou o elemento subjectivo do tipo geral do art.º 456º à negligência grosseira, talvez até se pudesse passar a defender a responsabilização pelo requerimento falimentar infundado para além do dolo⁴⁰.

Finalmente, o CIRE de 2004 instituiu no nosso ordenamento jurídico a mais recente previsão específica de responsabilidade pelo pedido infundado de insolvência com o seu art.º 22º, que será por nós estudado no capítulo seguinte.

IX. A análise dos dispositivos que no nosso Direito pregresso vigoraram em sede de responsabilização pelo pedido indevido de falência, bem como das principais apreciações críticas que a doutrina deles foi fazendo, permite retirar algumas considerações.

Em primeiro lugar, embora durante a maior parte da época analisada, e ao contrário do que hoje parece constituir entendimento maioritário⁴¹, não houvesse uma delimitação clara entre o instituto da responsabilidade civil e o instituto da responsabilidade processual por litigância de má fé, é possível verificar que entre o art.º 1166º do Código Ferreira Borges e o art.º 23º do Decreto n.º 21758, de 22 de Outubro de 1932, é mais ou menos clara a remissão para os princípios gerais da responsabilidade civil, que entre o art.º 1152º do CPC de 1939 e o art.º 1188º do CPC de 1961 a remissão se fez claramente para a responsabilidade processual civil e que desde 1993 até ao momento actual deixou de haver qualquer remissão, primeiro com a inexistência de previsão no CPEREF e depois com a previsão do art.º 22º do CIRE, que, como veremos, não é clara nesse sentido.

³⁷ Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência, aprovado pelo D. L. n.º 132/93, de 23 de Abril.

³⁸ Vd. ABÍLIO NETO, *Legislação complementar de processo civil anotada*, Ediforum, Lisboa, 1997, p. 473 a 517.

³⁹ Levada a cabo pelos Decretos-Leis n.ºs 329-A/95, de 12 de Dezembro, e 180/96, de 25 de Setembro.

⁴⁰ A nível jurisprudencial, neste período de vigência do CPEREF, podemos confrontar o acórdão do TRL de 21-11-2000 (só sumário), www.dgsi.pt, que remeteu precisamente um caso de pedido falimentar infundado, deduzido com negligência grave, para o regime da litigância de má fé (art.º 456º do CPC de 1961).

⁴¹ Vd., por todos, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., *passim*.

Em segundo lugar, afigura-se-nos que vigoraram algumas disposições de responsabilidade por pedido indevido de falência não muito distantes da actual solução restritiva do art.º 22º do CIRE. Efectivamente, a análise das disposições legais pretéritas permitiu demonstrar que o enquadramento que foi sendo concedido para a responsabilização do requerente falimentar pelos extensos danos causados ao devedor requerido era insuficiente, atento o elemento subjectivo exigido, principalmente desde o art.º 5º, § 2º, do “Codigo de falências” de 1899 e até ao art.º 1188º do CPC de 1961, onde, aparentemente, apenas se censurava a actuação com dolo ou má fé ⁴².

Por último, e pese embora o diferente circunstancialismo das épocas analisadas - a destacar o facto de a ordem jurídica de então acolher melhor do que hoje aquelas soluções restritivas que, por vezes, resultavam de simples remissões para os regimes gerais de responsabilidade, com os quais se harmonizavam; o facto de, durante muito tempo, esta temática da responsabilidade pelo pedido de falência ter estado relacionada, essencialmente, com os comerciantes e com os prejuízos do seu giro e o facto de a própria acusação de falido ter tido, no passado, uma carga pejorativa mais acentuada -, não deixa de ter relevância verificar que a doutrina mais antiga já sublinhava a particular perigosidade do requerimento de falência e já reclamava um enquadramento legal mais eficaz ⁴³.

⁴² Não se concorda assim com LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 2ª ed., Quid Juris, 2009, anotação art.º 22º, p. 144, quando afirmam categoricamente não ter o art.º 22º precedentes no Direito pregresso. De facto, ainda que não seja absolutamente notória a ligação com o passado, como ficou demonstrado, as soluções existentes no nosso Direito pregresso para a mesma situação hoje regulada no art.º 22º deram quase sempre respostas igualmente restritivas.

⁴³ As palavras de PEDRO DE SOUSA MACEDO *supra* transcritas são claras no sentido de que a doutrina daquela época já reclamava uma responsabilização do requerente de falência em termos mais amplos do que a legislação vinha permitindo estabelecer.

II. O ARTIGO 22º DO CIRE

Embora historicamente a situação do lesado pelo pedido falimentar indevido tenha merecido alguma atenção, atendendo ao acentuado risco de prejuízos que decorre do procedimento falimentar e à elevada exigência das normas responsabilizatórias, não se pode afirmar que a sua posição fosse devidamente tutelada. Era, pois, compreensível que a doutrina reclamasse uma valoração mais abrangente para reagir aos pedidos indevidos de falência.

O que não é de todo compreensível é que em pleno século XXI, numa época em que há cada vez mais pedidos de insolvência e são sobejamente conhecidos os efeitos deste pedido infundado, o nosso legislador continue a desconsiderar a situação do devedor indevidamente requerido (e dos outros possíveis afectados) e aquela reclamação continue a fazer-se ouvir.

Na verdade, depois de anos e anos de labor científico e contacto prático com as mais variadas situações lesivas para a parte requerida em acção judicial, o nosso ordenamento caminhou no sentido do aperfeiçoamento dos institutos de responsabilidade, designadamente de responsabilidade processual civil, de modo a que hoje a parte processual possa ser mais amplamente responsabilizável, principalmente nas estruturas processuais de risco ⁴⁴.

Ao cabo deste movimento, qual foi então a solução responsabilizatória que o CIRE trouxe para o nosso ordenamento, especificamente para a responsabilização nos casos de requerimentos processuais infundados de insolvência? Foi o art.º 22º, talvez o normativo português mais restritivo de sempre no que concerne a tutelar a posição dos sujeitos no âmbito de um processo especialmente lesivo.

De facto, o art.º 22º, epígrafado “dedução de pedido infundado”, dispõe que “A dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, ou a indevida apresentação por parte do devedor, gera responsabilidade pelos prejuízos causados ao devedor ou aos credores, mas apenas em caso de dolo.”

A norma é de muito difícil compreensão. Em primeiro lugar, não esclarece que tipo de responsabilidade geram os comportamentos ali tipificados. Depois, não esclarece que tipo de prejuízos se intenta reparar. Por fim, a circunscrição ao dolo é algo absolutamente aberrante nesta conjuntura.

A única coisa que parece certa, atenta a literalidade da norma, é que a prática de determinados comportamentos ilícitos expressamente descritos (o elemento objectivo do tipo), a causação de prejuízos e a verificação do dolo (o elemento subjectivo do tipo) parecem

⁴⁴ Vd. *infra* II. 3. 1., p. 40 e 41 e II. 4., p. 49 a 51.

ser os pressupostos exigidos para que possa haver responsabilização do requerente de insolvência, imputando-se a este a obrigação de indemnizar.

Analisemos, portanto, cada um desses pressupostos e as suas especificidades, na esperança de melhor compreender o controverso regime do art.º 22º.

1. O pedido infundado e a apresentação indevida à insolvência

I. O art.º 22º descreve expressamente os comportamentos ilícitos relevantes: “A dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, ou a indevida apresentação por parte do devedor”. Na medida em que tanto o pedido infundado de outro legitimado como a apresentação precipitada do devedor ⁴⁵ podem transformar uma mera crise passageira numa situação irremediável de insolvência, redundando em prejuízos para diversos agentes, a amplitude do tipo objectivo tem-se como uma boa solução. Vejamos, então, quando se verifica um pedido infundado ou uma apresentação indevida.

II. Tendencialmente, no processo concursal, um pedido infundado ou uma apresentação indevida verificar-se-ão quando os pressupostos relevantes para a declaração judicial de insolvência não estejam preenchidos, com particular destaque, naturalmente, para o que diz respeito ao estado de insolvência, que é considerado pela generalidade da doutrina como o pressuposto objectivo único do processo falimentar.

Ora, tal estado está previsto no art.º 3º/1 e corresponde à situação actual do devedor que está impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas ⁴⁶. No ponto 3 do preâmbulo do D. L. n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE, revela-se ainda que se tem em vista a impossibilidade de cumprir pontualmente. Pode portanto afirmar-se, de um modo geral, que sempre que o devedor se não encontre impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações vencidas o requerimento de insolvência será indevido ou infundado.

Esta facilidade aparente esconde, porém, alguma complexidade na determinação do estado de insolvência. Efectivamente, uma vez que a insolvência definida no art.º 3º/1 está

⁴⁵ A consideração, ao lado do pedido infundado, da apresentação indevida do devedor é uma das novidades do art.º 22º. De facto, embora o impulso para a declaração de falência sempre tenha podido partir do próprio devedor, quer as disposições pretéritas de responsabilidade do requerente falimentar, quer o anteprojecto do CIRE, no art.º 23º (vd. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas – comunicações sobre o anteprojecto do código*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 115), limitavam-se a prever o pedido infundado, mormente dos credores.

⁴⁶ Esta definição do estado de insolvência foi retirada do § 17 da *Insolvenzordnung* que, segundo indica LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, anotação art.º 3º, p. 48, estabelece um conceito de incapacidade de cumprimento.

associada ao critério do fluxo de caixa ⁴⁷, em princípio, o devedor só estará insolvente se não tiver capacidade para cumprir as suas obrigações no momento do vencimento por falta de liquidez suficiente ⁴⁸, seja através de meios próprios, seja através do recurso ao crédito ⁴⁹. A avaliação do activo do devedor, de modo a saber se é suficiente para fazer face ao passivo acumulado, não é, assim, na generalidade dos casos, um factor decisivo, pois mesmo que haja uma situação líquida negativa, se o devedor puder recorrer ao crédito e honrar os seus compromissos pontualmente não estará insolvente ⁵⁰.

Ciente das dificuldades na determinação do estado de insolvência, o legislador concretizou-o no art.º 20º/1/als. a) a h). Aí encontramos os apelidados factos-índice ou presuntivos da insolvência, que a experiência prática da vida identifica como sendo as principais ocorrências reveladoras da situação geral de impossibilidade/incapacidade de o devedor cumprir as suas obrigações.

Da análise destes factos-índice descortina-se que a insolvência é normalmente revelada pela cessação do pagamento da generalidade das obrigações do devedor (als. a), b) e g) do art.º 20º/1). Note-se, no entanto, que se os incumprimentos pontuais do devedor, designadamente por via de desequilíbrios momentâneos de liquidez, não devem permitir sustentar uma situação de insolvência, não está afastada a hipótese da penúria generalizada ser revelada através do incumprimento, no limite, de uma única obrigação, desde que o montante desta ou as circunstâncias do incumprimento demonstrem a impossibilidade do devedor cumprir a generalidade das suas obrigações (al. b) do art.º 20º/1) ⁵¹.

A identificação de um estado de insolvência e a localização dos requerimentos injustificados deverá, assim, partir do disposto nos arts.º 3º e 20º/1 do CIRE. Há, contudo, algumas particularidades a ter em conta consoante o impulso inicial parta do próprio devedor ou de outro legitimado a abrir o processo de insolvência.

⁴⁷ Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, cit., p. 79 a 81.

⁴⁸ Tem também esta opinião LUÍS CARVALHO FERNANDES, “O código da insolvência e da recuperação de empresas na evolução do regime da falência no direito português”, in *Colectânea de estudos sobre insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 67, ao afirmar que “A letra do preceito [do art.º 3º/1] revela, só por si, que não está aqui em causa uma relação quantitativa entre o activo e o passivo do devedor, mas uma situação financeira que o impede de pagar, pontualmente, os seus débitos.”

⁴⁹ Efectivamente, embora o art.º 3º/1 do CIRE não faça referência ao crédito, tal factor deve considerar-se implicitamente abrangido, já que a impotência económico-financeira do devedor para cumprir obrigações vencidas, em regra, só se verifica se não houver acesso ao financiamento bancário ou de outras entidades.

⁵⁰ Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, cit., p. 81.

⁵¹ É coerentemente observado por LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 3º, p. 72, que “O que verdadeiramente releva para a insolvência é a insusceptibilidade de satisfazer obrigações que, pelo seu significado no conjunto do passivo do devedor, ou pelas próprias circunstâncias do incumprimento, evidenciam a impotência, para o obrigado, de continuar a satisfazer a generalidade dos seus compromissos.”

III. Sendo o próprio devedor ⁵² a requerer a sua declaração de insolvência (art.º 18º) ⁵³, tem duas alternativas para se apresentar devidamente: ou se apresenta ainda antes de estar num estado de insolvência consumado, ainda que deva previsivelmente e num futuro próximo vir a encontrar-se nesse estado, ou se apresenta estando já efectivamente insolvente. A primeira hipótese diz respeito à situação de insolvência iminente (art.º 3º/4) ⁵⁴, que o legislador equiparou à insolvência actual (art.º 3º/1) para permitir ao devedor uma apresentação em tempo útil, antes mesmo do vencimento das suas obrigações.

Se o devedor for uma pessoa colectiva ou um património autónomo por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, poder-se-á ainda apresentar justificadamente quando o seu passivo for manifestamente superior ao activo (art.º 3º/2) ⁵⁵.

Dito isto, julgamos poder avançar com uma conclusão intermédia: uma apresentação indevida à insolvência é um facto dificilmente constatável. Com efeito, tendo em conta que o devedor pode apresentar-se validamente à insolvência quer esteja numa situação de insolvência meramente iminente quer esteja já insolvente de facto (podendo, ainda, caso seja um sujeito do tipo referido no art.º 3º/2, socorrer-se do critério alternativo de insolvência

⁵² Deverá configurar uma das pessoas (singulares ou jurídicas) ou patrimónios autónomos estabelecidos no art.º 2º/1 (“sujeitos passivos da declaração de insolvência”), para que o pressuposto subjectivo da legitimidade de se apresentar e ser alvo do processo de insolvência possa estar verificado. Porém, como aquele artigo adopta o critério da autonomia patrimonial e usa uma técnica de enumeração exemplificativa, o âmbito subjectivo da insolvência é consideravelmente lato.

⁵³ Ou, não sendo o devedor uma pessoa singular, os seus administradores (art.º 19º), caso em que CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência – uma introdução*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 27 e 28, avança com uma hipótese concreta de apresentação indevida: como será de toda a conveniência que os gerentes ou administradores se abstenham de qualquer iniciativa antes de consultar os sócios, devendo, numa potencial situação de insolvência, com a maior prontidão, informar os sócios e ouvi-los sobre as medidas a adoptar, incluindo a apresentação à insolvência, os gerentes ou administradores deverão cumprir o dever consagrado no art.º 35º do CSC com precedência relativamente ao cumprimento do dever de apresentação consagrado nos arts.º 18º e 19º do CIRE. O dever de apresentação não estaria em causa, devendo ser cumprido sempre que se verifiquem os seus requisitos, mas poder-se-ia, ainda assim, considerar a apresentação como indevida se o dever de consulta prévia não fosse cumprido.

⁵⁴ LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 3º, p.73, caracterizam o estado de insolvência iminente “...pela ocorrência de circunstâncias que, não tendo ainda conduzido ao incumprimento em condições de poder considerar-se a situação de insolvência já actual, com toda a probabilidade a vão determinar a curto prazo, exactamente pela insuficiência do activo líquido e disponível para satisfazer o passivo exigível.”

⁵⁵ Para este caso foi adoptado o critério do balanço ou do deficit patrimonial líquido. A dúvida que se coloca é a de saber se o devedor poderá fundamentar indistintamente a sua apresentação com o art.º 3º, seja com base no critério do n.º 1, seja com base no critério do n.º 2. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 3º, p. 48, entende que está consignada no n.º 2 do art.º 3º uma norma especial que, para os devedores nela previstos, procede a uma derrogação do regime do n.º 1. Seguindo a posição deste autor parece que, no caso dos devedores do art.º 3º/2, se o passivo não for manifestamente superior ao activo e a insolvência for requerida com base no critério do art.º 3º/1 poderemos estar perante um pedido ou uma apresentação indevida. Pensamos, porém, que o critério estabelecido no art.º 3º/2 deve ser visto como um pressuposto (objectivo) alternativo para a declaração de insolvência, pelo que o devedor visado no art.º 3º/2 (ou os outros legitimados a abrir o processo desse devedor) poderá socorrer-se de ambos os critérios do art.º 3º ou, indistintamente, de um ou de outro. Neste sentido pronunciou-se o TRC, em acórdão de 17-10-2006, www.dgsi.pt, ao qualificar o critério do art.º 3º/2 como fundamento alternativo e ao afirmar que “...para além de se poder pedir a insolvência de um devedor quando exista a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas, pode também pedir-se a insolvência, em relação às pessoas colectivas e patrimónios autónomos [do art.º 3º/2], quando o passivo seja manifestamente superior ao activo.”

actual), a sua margem para mover um procedimento falimentar de forma fundada e lícita é bastante considerável. Neste sentido, só haverá apresentação indevida à insolvência se o devedor não estiver sequer em estado de insolvência iminente, situação que não é facilmente identificável por terceiros, pois é preciso saber onde acaba a mera crise passageira e onde começa a iminência de quebra. Ainda assim, poderá, por exemplo, colocar-se a hipótese de apresentação indevida se o devedor, estando “apenas” em situação económica difícil, optar por se apresentar à insolvência, ao invés de recorrer ao novo Processo Especial de Revitalização (art.º 17º-A e ss.) ou ao Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) ⁵⁶. Efectivamente, considerando que a situação económica difícil do art.º 17º-B não será ainda a insolvência iminente do art.º 3º/4, deverá qualificar-se a apresentação à declaração judicial de insolvência como indevida.

Como veremos já de seguida, um pedido infundado, designadamente movido por um credor, é bem mais facilmente verificável.

IV. Para além do próprio devedor, o legislador concedeu legitimidade processual activa aos responsáveis legais pelas dívidas do devedor, aos credores e ao Ministério Público (art.º 20º/1) ⁵⁷. Um pedido falimentar infundado pode, assim, ser deduzido por responsável legal pelas dívidas do devedor ⁵⁸, pelo MP ⁵⁹ ou por credor, que é o caso paradigmático e mais comum ⁶⁰. Focar-nos-emos nesta última hipótese.

O CIRE determinou, no art.º 20º/1, que qualquer credor tem legitimidade activa, “...ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito...” ⁶¹ Basta, assim, ao

⁵⁶ Regulado no D. L. n.º 178/2012, de 3 de Agosto.

⁵⁷ Pode ainda ser incluído nos legitimados a requerer a declaração de insolvência do devedor o administrador judicial provisório nomeado no novo Processo Especial de Revitalização (arts.º 17º-A e ss.). Com efeito, sempre que se abra o PER e este não conduza à aprovação de um plano de recuperação, o administrador judicial deve comunicar esse facto ao tribunal, emitir parecer sobre se o devedor se encontra insolvente e, em caso afirmativo, requerer a declaração de insolvência do devedor (art.º 17º-G/1 e 4). Não é pois descabido considerar mais esta hipótese de requerimento infundado de insolvência, uma vez que, embora o administrador tenha tido contacto próximo com a situação económica do devedor, pode dar-se o caso de este se encontrar apenas em situação económica difícil (art.º 17º-B), caso em que o parecer (errado) e o consequente requerimento de insolvência apresentado pelo administrador conduzirão necessariamente à declaração falimentar (art.º 17º-G/3).

⁵⁸ Trata-se das pessoas que respondam pessoal e ilimitadamente pela generalidade das dívidas do devedor, ainda que a título subsidiário (art.º 6º/2).

⁵⁹ Um caso concreto de pedido falimentar infundado deduzido pelo MP foi objecto de apreciação no acórdão do TRP de 11-04-2005, in *Colectânea de jurisprudência*, ano XXX, Tomo II, 2005, p. 182 a 185. Neste aresto chegou-se à conclusão que o pedido era infundado e que o MP não tinha interesse em agir, ao requerer uma insolvência exclusivamente baseado no não cumprimento de uma diminuta dívida de custas judiciais.

⁶⁰ Desde que entrou em vigor o CIRE, é possível constatar, nos acórdãos publicados onde se equacionou a aplicação do art.º 22º, que o requerente é normalmente um credor (cfr. os acórdãos: TRP de 22-04-2008, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 32, Outubro-Dezembro, CEJUR, Braga, 2010, p. 71 e ss. e TRL de 20-04-2010, TRG 20-01-2011, TRC 15-05-2012, TRC 12-06-2012, TRC 11-12-2012, TRC 19-02-2013, TRL 23-04-2013, todos em www.dgsi.pt).

⁶¹ Encontramos igual solução no direito espanhol (art.º 3º/1, da Ley Concursal).

credor justificar e provar o seu crédito ⁶² que, note-se, não tem de estar vencido (art.º 25º). MENEZES LEITÃO defende, contudo, que apenas os credores com interesse poderão requerer uma insolvência ⁶³, faltando esse “...interesse na declaração de insolvência se com ela o requerente visar apenas afastar do mercado um concorrente incómodo ou pretender obter apenas a cobrança do próprio crédito, em lugar de desencadear um processo de execução colectiva contra o devedor” ⁶⁴ – a nosso ver, estas hipóteses configuram casos claros de uso abusivo ou disfuncional do processo de insolvência ⁶⁵.

Como é natural, aos credores está vedado o recurso ao critério da insolvência iminente para abrir o processo de insolvência (art.º 3º/4), pois trata-se de uma situação que só é perceptível, com segurança, pelo devedor ⁶⁶, pelo que para deduzirem um pedido de insolvência lícito deverão alegar a insolvência actual do devedor, seja recorrendo ao critério geral do n.º1, seja recorrendo ao critério alternativo do n.º 2 do art.º 3º.

Não basta, no entanto, ser feito apelo directo ao estado de insolvência definido no art.º 3º/1 ou 2, pois a legitimidade formal dos credores para requerer uma insolvência parece estar limitada à circunstância de se ter verificado algum dos factos elencados nas als. a) a h) do art.º 20º/1, parecendo estes configurarem condições necessárias de legitimidade ⁶⁷.

Acresce a este cenário que os factos-índice do art.º 20º/1 também têm sido considerados fundamentos obrigatórios da causa de pedir. Perfilhando este entendimento, ISABEL

⁶² A questão dos créditos litigiosos ou controvertidos não obtém resposta única na jurisprudência portuguesa. Contudo, o STJ já decidiu no sentido de mesmo o titular de crédito litigioso ter legitimidade, ao abrigo do art.º 20º/1, para abrir imediatamente o processo de insolvência (vd. acórdão do STJ de 29-03-2012, www.dgsi.pt).

⁶³ No direito alemão somente os credores com interesse estão legitimados a solicitar uma declaração de insolvência (§ 14, I, da *Insolvenzgesetz*). Entre nós, o interesse processual ou interesse em agir não está consagrado como pressuposto processual. Porém, parte da doutrina tem defendido a sua relevância como pressuposto processual ou como condição da acção (vd., por todos, MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, p. 79 e ss., que diz tratar-se de uma condição da acção que “Consiste em o direito do demandante estar carecido de tutela judicial. É o interesse em utilizar a arma judiciária – em recorrer ao processo”).

⁶⁴ Cfr. *Direito da insolvência*, cit., p. 135. PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de direito das falências*, cit., p. 383, observa um aspecto curioso relativamente ao papel dos credores e aos interesses que por eles deverão ser prosseguidos: “Como o procedimento falimentar vem acudir a interesses gerais que se mostram atingidos pelo estado deficitário do devedor, o credor não se limita a agir em seu interesse. Indirectamente realiza um interesse público, vindo a exercer uma espécie de acção popular e tomando o aspecto dum órgão impróprio do Estado.”

⁶⁵ Vd. *infra* III. 3.

⁶⁶ Neste sentido, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência...*, cit., p. 28. Contra, JOÃO LABAREDA, “O novo código da insolvência e da recuperação de empresas alguns aspectos mais controversos”, in *Colectânea de estudos sobre insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 24, defende a iniciativa dos credores com base na mera insolvência iminente do devedor, como forma de acelerar a solução para a miséria do devedor.

⁶⁷ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Pressupostos objectivos e subjectivos da insolvência”, in *Themis – edição especial*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 17, é um dos autores que sustenta esta posição referindo que “Quando o pedido não é feito pelo devedor, a legitimidade de quem o faz é condicionada à verificação de certas situações, elencadas nas alíneas a) a h) do art.º 20º/1, do CIRE...” Também PEDRO DE ALBUQUERQUE, “A declaração da situação de insolvência (alguns aspectos do seu processo)”, in *Sep. de estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques*, Almedina, Lisboa, 2007, p. 781 e 782, referindo-se à legitimidade processual activa para solicitar a declaração de insolvência, afirma que, no caso dos outros legitimados além do próprio devedor, aquela “...apenas [será atribuída] no caso de se verificar algum dos factos mencionados no art.º 20º/1.”

ALEXANDRE observa que neste tipo de processo a causa de pedir está limitada para os legitimados do art.º 20º, pois os fundamentos usados para pedir a declaração de insolvência têm de consistir na alegação de algum dos factos indiciadores taxativamente elencados ⁶⁸. Concordamos pois com a autora quando, questionando se sendo alegados outros factos pelo requerente para fundamentar o seu pedido a petição é inepta (por falta de causa de pedir) ou o pedido é manifestamente improcedente, afirma que está em causa uma improcedência manifesta, pois a causa de pedir existe, mas não é apta a demonstrar a situação de insolvência do art.º 3º, segundo o esquema do CIRE ⁶⁹.

O peso dos factos-índice é indiscutível no caso dos credores ⁷⁰. Pode, ainda assim, perguntar-se se o principal fundamento da utilização da técnica dos factos indiciadores ou exemplos-padrão no CIRE ⁷¹, ao invés de ser simplesmente permitir aos legitimados a abertura do processo de forma fundada, não será, acima de tudo, facilitar essa abertura, em termos probatórios, constituindo aqueles factos meros índices da situação de insolvência do art.º 3º ⁷².

Com efeito, a segunda hipótese estaria em consonância com o intuito geral do código de facilitar os requerimentos de insolvência, que é desde logo visível no próprio elenco dos

⁶⁸ Vd. “O processo de insolvência: pressupostos processuais, tramitação, medidas cautelares e impugnação da sentença”, in *Themis – edição especial*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 59 e 60.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Tem sido inclusivamente entendido que o credor que requeira uma insolvência escudado na verificação de um facto presuntivo agirá de forma lícita, não podendo a partir daí ser responsabilizado por pedido infundado. Neste sentido, os factos-índice funcionariam como causas de exclusão da ilicitude. Ilustrativo deste entendimento é o acórdão do TRP de 22-04-2008, in *Cadernos de Direito Privado*, cit., p. 78, emitido no seguimento de um julgamento onde o devedor requerido logrou provar a sua solvência, embora tenha ficado provada a verificação de um facto-índice alegado pelo credor requerente, uma vez que o TRP defendeu que o requerimento não podia ser havido como ilícito, dizendo até que “...a ilicitude só ocorreria se a requerente não tivesse logrado provar a verificação de qualquer um desses factos-índice.” Por nossa parte, temos alguma dificuldade em aceitar que os factos-índice possam funcionar como causas de exclusão da ilicitude, visto que o pedido de insolvência escudado num deles, como veremos, pode ser considerado infundado e improcedente, designadamente por o devedor requerido ter logrado provar a sua solvência nos termos do art.º 3º. Além disso, o art.º 22º não afasta a responsabilidade aí estatuída no caso de a insolvência ter sido requerida com base num facto-índice.

⁷¹ Técnica que o legislador penal consagrou de forma paradigmática no homicídio qualificado (art.º 132º/2 do CP). Note-se que o raciocínio utilizado na qualificação do homicídio assenta, para além da cláusula geral de agravamento do art.º 132º/1 do CP, na verificação de um exemplo-padrão, mas essa verificação “...não implica, apenas indica, a presença de um caso de especial censurabilidade ou perversidade. O indício tem de ser confirmado através de uma ponderação global das circunstâncias...” Ademais, “Os exemplos-padrão traduzem o emprego de uma técnica de tipos abertos num duplo sentido, que pode ser expresso na fórmula «não só, nem sempre». A sua realização não significa sempre existência de homicídio qualificado, pois tem apenas, como vimos, um efeito indiciador dessa existência.” (cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 2007, p. 24 e 25). Ora, transpondo este raciocínio para a caracterização do estado de insolvência, vemos que este encaixa na perfeição, pois também aqui a verificação de um facto-índice do art.º 20º/1 não significa sempre que haja insolvência e, em rigor, não são só estes factos que são capazes de concretizar o estado definido no art.º 3º.

⁷² No sentido de o principal escopo dos factos-índice ser facilitar o desencadeamento do processo, vd. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 20º, p. 135, que salientam que o legitimado que fundamente o seu pedido com a ocorrência de algum deles não terá necessidade, a partir daí, “...de fazer a demonstração efectiva da situação de penúria traduzida na insusceptibilidade de cumprimento das obrigações vencidas...” No mesmo sentido, JOSÉ VIEIRA DA CUNHA, “Apontamentos sobre a tramitação do novo processo de insolvência”, in *Maia Jurídica Revista de Direito*, ano 3º, n.º 1, 2005, p. 5, considera que os factos-índice são “...meros exemplos de uma situação mais geral, estabelecidos por via de um critério prático de ónus probatório.”

factos-índice, que foi significativamente ampliado. Nesse sentido, tem sido equacionado se o requerente estará realmente impedido de fundamentar validamente o seu pedido com outros factos, que não aqueles que o legislador entendeu elencar ⁷³.

Na verdade, esta dúvida é legítima. Basta pensar que o elenco de factos do art.º 20º/1 não esgota o conceito de insolvência do art.º 3º/1 ⁷⁴ e que a análise da verificação do pressuposto objectivo único do processo de insolvência não é feita com base nos factos-índice, mas antes ao abrigo do conceito geral de insolvência contido no art.º 3º/1. Pode ainda ponderar-se que o art.º 25º/1 do CIRE se limita a exigir ao requerente que justifique, na petição inicial, “...a origem, natureza e montante do seu crédito, [...] e [que ofereça] com ela os elementos que possua relativamente ao activo e passivo do devedor”, não exigindo a prova de algum dos factos-índice ⁷⁵ e que o art.º 30º/3 dispõe que a oposição do devedor pode basear-se “...na inexistência do facto em que se fundamenta o pedido...”, também sem especificar que deverá tratar-se de um facto-índice do art.º 20º/1.

O leque de factos a que os requerentes poderiam lançar mão para provar uma insolvência seria, assim, mais amplo e o problema de saber quando se verifica um pedido infundado não teria por referência apenas e só os factos legalmente descritos no art.º 20º/1.

No entanto, se em rigor é possível considerar que tanto pode haver um pedido de insolvência fundado sem alegação de um facto-índice – por o devedor estar efectivamente impossibilitado de cumprir a generalidade das suas obrigações -, como pode haver um pedido infundado mesmo que se alegue a verificação de um facto revelador do art.º 20º/1 – por o devedor não estar efectivamente em estado de insolvência - ⁷⁶, tendo em atenção a letra da lei, que ao utilizar no art.º 20º/1 a expressão “algum dos seguintes factos”, além de traduzir a ideia de taxatividade dos factos-índice, parece realmente impor a necessidade de verificação de um deles para que os outros legitimados possam requerer a insolvência com fundamento, uma coisa é certa: se o credor pedir a insolvência sem arguir a verificação de um facto do art.º 20º/1 a sua pretensão será *ab initio* infundada e manifestamente improcedente, devido ao não

⁷³ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Pedido de declaração de insolvência”, in *Código da insolvência e da recuperação de empresas – comunicações sobre o anteprojecto do código*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 19, critica a opção do CIRE pelos factos-índice típicos do art.º 20º/1. Na sua opinião, seria melhor uma enunciação aberta, pois “...era útil que o juiz continuasse a ter margem de apreciação, decretando o prosseguimento da acção após análise da conexão entre o facto revelador e a incapacidade financeira revelada. Fechar o elenco, tornando-o rígido, é inconveniente. Preferível é a exemplificação.”

⁷⁴ Pense-se, por exemplo, que nenhum facto-índice faz referência às dificuldades no acesso ao crédito, que é um dado implicitamente vertido na definição de insolvência do art.º 3º/1.

⁷⁵ Vd. MANUEL REQUICHA FERREIRA, “Estado de insolvência”, in *Direito da insolvência-estudos*, coord. Rui Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 339 e 340.

⁷⁶ No acórdão do TRC de 20-11-2007, www.dgsi.pt, foi destacado que o uso da técnica dos exemplos-padrão no CIRE significa, por um lado, que a impossibilidade do devedor cumprir as suas obrigações vencidas pode ocorrer totalmente fora das *facti species* elencadas no n.º 1 do art.º 20º, e que, por outro lado, a verificação de qualquer destas *facti species* pode não corresponder em concreto à impossibilidade mencionada no art.º 3º/1.

preenchimento do pressuposto objectivo do processo falimentar, concernente ao estado de insolvência definido no art.º 3º/1 e concretizado taxativamente nas alíneas do art.º 20º/1.

Haverá, contudo, igualmente pedido infundado de insolvência se o credor alegar a ocorrência de alguma das situações elencadas no art.º 20º/1, mas o devedor lograr demonstrar que afinal o facto-índice não se verifica *in caso* (art.º 30º/3, primeira parte). E mesmo tendo ficado provado o facto indiciador alegado, caso o requerido traga ao processo factos que comprovem a sua solvência nos termos do art.º 3º (art.º 30º/3, segunda parte), ilidindo a presunção de insolvência, cremos que haverá, ainda, pedido infundado e ilícito.

Este enquadramento resulta da circunstância de os factos-índice serem condições necessárias mas não suficientes da declaração de insolvência. De facto, de acordo com o regime instituído pelo CIRE, por um lado parece necessário partir-se deles – no sentido de a insolvência só poder vir a ser declarada em consequência da verificação de um deles -, mas por outro parece necessário ir-se para além deles. Assim sendo, o pedido é desde logo infundado se não for escudado num facto-índice, mas se for alegado um facto-índice e não se estabelecer a sua correlação com uma situação de insolvência actual, confirmando-se a presunção que do facto revelador resulta, continua o pedido a não ter fundamento.

Fica demonstrado o porquê de ser mais provável a ocorrência de pedido infundado do que de apresentação indevida à insolvência: enquanto o devedor pode apresentar-se numa situação (só por ele plenamente controlável) de insolvência meramente iminente, os credores apenas poderão mover o processo fundadamente caso se verifique uma insolvência actual, para isso devendo obrigatoriamente alegar um dos factos indiciadores do art.º 20º/1 ⁷⁷.

V. As condutas ilícitas descritas no art.º 22º estão intimamente associadas à fase inicial do processo falimentar, máxime ao seu impulso inicial, já que este é consubstanciado no pedido ou na apresentação à insolvência.

Interessa, contudo, reforçar, agora que estamos a analisar o elemento objectivo do tipo do art.º 22º, que deverão ser tidos em conta todos os pedidos de insolvência infundados, inclusivamente os que não pudessem como tal ser considerados aquando do impulso inicial para a acção, designadamente por ter sido alegado um facto revelador do art.º 20º/1, mas que acabam por vir a assumir aquela característica desvaliosa, por entretanto ter havido uma oposição elucidativa do devedor no sentido da sua solvência ou da inexistência do facto alegado (art.º 30º/3). Ademais, mesmo tendo sido emitida sentença declaratória de

⁷⁷ É este o juízo de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 3º, p. 48, ao referir: “Efectivamente, enquanto que os credores e o Ministério Público só podem requerer a insolvência do devedor, demonstrando a verificação de algum dos factos referidos no art.º 20º, este pode fazê-lo em qualquer altura, com base na sua insolvência iminente.”

insolvência, se esta for revogada por meio de embargos ou recurso, o pedido inicial pode passar igualmente a considerar-se infundado e ilícito, podendo dar azo a responsabilidade.

Portanto, como é concebível que o pedido de declaração de insolvência pode não revestir *ab initio* as características que o art.º 22º censura, designadamente a ilicitude pela falta de fundamento, o tribunal não deverá ter em conta apenas a fase inicial do procedimento e se o pedido passar a ser objectivamente ilícito no decorrer do processo, tal poderá bastar para se apurar a responsabilidade, nomeadamente nos termos do art.º 22º.

2. A perigosidade do processo falimentar

I. O art.º 22º parece exigir a causação de prejuízos para poder operar, mas não especifica que tipo de danos poderão ter origem numa pretensão infundada de insolvência, nem se intenta reparar determinado género de prejuízos. Na verdade, não é claro se a norma está direccionada para o ressarcimento completo dos danos sofridos com o pedido insolvencial infundado ou, apenas, para a compensação do lesado, limitada a certos danos ⁷⁸.

Ainda assim, desde já, intentaremos aprofundar a acentuada perigosidade do processo de insolvência e, em particular, do simples pedido de declaração, algo que é reconhecido há muito tempo e em todo o lado.

De facto, a “acusação de falido” não tem hoje a mesma carga pejorativa, mercê das enraizadas concepções de falência que, durante muito tempo, a associaram sobretudo à fraude ou incompetência do comerciante, mas as palavras de BARBOSA DE MAGALHÃES continuam a traduzir a realidade: “A accusação de fallido é tão grave para a vida do commerciante, que não póde deixar de ser grande a responsabilidade de quem a faz. Basta muitas vezes ella para determinar o descredito, e portanto a ruina de quem estava ainda em muito soffríveis condições financeiras. Precisa por isso a lei de ser rigorosa contra os que com dolo ou má fé arrastam ao tribunal um commerciante honrado, lançando sobre elle desconfianças injustas, que, embora desfeitas, perturbam irreparavelmente o movimento dos seus negocios, e abalam para sempre o seu bom nome.” ⁷⁹ No início do século passado, também CUNHA GONÇALVES sinalizava a perigosidade do simples pedido falimentar: “Mas, sendo o crédito mercantil tão frágil como o vidro, é evidente que não pode o bom nome dum comerciante ficar à mercê de qualquer crêdor mal intencionado. O simples requerimento de falencia, produzindo na praça

⁷⁸ A resposta a esta questão ficará dependente de saber se a norma responsabilizatória vai reportada à responsabilidade civil ou à responsabilidade processual civil e se a indemnização dos prejuízos visados no art.º 22º será atribuída nos termos do art.º 562º e ss. do CC ou do art.º 543º do CPC (vd., *infra* II. 5. 2. e II. 5. 3.).

⁷⁹ Cfr. *Código de fallencias anotado*, cit., p. 46.

um grave alarme, pode causar ao comerciante enormes prejuízos, enquanto se não prove ser infundada a acusação, chegando esta prova ao conhecimento do público.”⁸⁰

Além-fronteiras, a gravidade do processo falimentar tem sido ainda mais sinalizada do que em Portugal. Veja-se a posição da doutrina alemã, em especial de KLAUS HOPT, que salienta vigorosamente o facto do processo de falência se mostrar apto a causar danos como nenhum outro processo, podendo no limite destruir moral e patrimonialmente o requerido⁸¹.

Dentro dos processos de natureza civil não parece realmente haver dúvidas que o processo insolvencial é o mais perigoso. Nesse sentido, procuraremos de seguida demonstrar essa sua faceta, repartindo a análise por três pontos: o nível de danosidade consoante os sujeitos envolvidos; o nível de danosidade consoante o desfecho da fase declarativa do procedimento e o nível de danosidade consoante a finalidade do processo de insolvência.

II. Relativamente aos sujeitos envolvidos, é evidente que o principal prejudicado pelo requerimento infundado de insolvência é o devedor que poderá ser declarado insolvente⁸² e que, neste caso, tanto podem estar envolvidos danos morais como danos patrimoniais.

No seio dos danos morais, sublinha-se a violação dos direitos fundamentais de personalidade (art.º 26º/1, CRP), mormente do bom nome e da reputação⁸³, da imagem e da privacidade⁸⁴. É porventura o crédito⁸⁵, seja em sentido económico, seja em sentido

⁸⁰ Cfr. *Comentário ao código comercial português*, cit., p. 494.

⁸¹ Vd. KLAUS HOPT, *Schadenersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schutz gegen unberechtigte Inanspruchnahme staatlicher Verfahren*, Munique, 1968, p. 264, apud PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., p. 6 e 153.

⁸² Esta circunstância vinha tendo tradução na lei. Com efeito, convém aqui notar que o art.º 22º é totalmente inovador entre nós no que concerne aos sujeitos tutelados, uma vez que nele se estatui a responsabilização pelos prejuízos causados ao devedor ou aos credores. Até então, todos os dispositivos que curaram da responsabilidade pelo pedido de falência tinham como fim único a tutela do devedor indevidamente requerido. O próprio anteprojecto do CIRE, no seu art.º 23º - ao qual veio a suceder na versão final o art.º 22º - apenas tutelava o devedor lesado, ao estatuir que “A dedução de pedido infundado de declaração de insolvência gera responsabilidade pelos prejuízos causados ao devedor” (vd. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas...*, cit., p. 115). Também lá fora é patente a maior preocupação com os danos sofridos pelo devedor: em Espanha, o art.º 20º/1 da Ley Concursal (vd. Boletín Oficial del Estado, disponível em <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>) só estabelece o direito à indemnização do devedor lesado pelo pedido de insolvência não atendido; na Itália, a Legge Fallimentare, no art.º 21º, §3, estabelecia, em caso de revogação da declaração de insolvência, que o requerente pagaria indemnização ao devedor requerido.

⁸³ Embora o art.º 22º não especifique o tipo de prejuízos oriundos do pedido infundado ou da apresentação indevida, pode verificar-se que o bom nome e a reputação são expressamente referidos no preâmbulo do CIRE como bens possivelmente afectados pela sujeição a processo de insolvência (vd. ponto 46).

⁸⁴ PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de direito das falências*, cit., p. 203, alertava para o sacrifício da privacidade ao afirmar que o processo falimentar era perigoso “...por representar uma devassa aos negócios e, como se usa dizer, o segredo é a alma do negócio.” Hoje em dia, a lesão do bem jurídico privacidade parece ser mais provável nos processos de insolvência que envolvam pessoas colectivas relativamente às quais não haja ninguém que responda pelos seus débitos (art.º 3º/2), dado que estas insolvências podem ser pedidas com recurso ao pressuposto objectivo alternativo do processo de insolvência, concernente à superioridade manifesta do passivo sobre o activo. Neste caso, terá de haver uma avaliação aprofundada do património do requerido.

⁸⁵ Para PEDRO DE SOUSA MACEDO, *op. cit.*, p. 203 e 204, “...o crédito é algo extremamente susceptível, bastando uma suspeita para ser atingido.”

sociológico ⁸⁶, que assume papel de destaque entre os bens sacrificados. De facto, a par com realidades como o prestígio comercial, a credibilidade do devedor é fortemente abalada pela fama de insolvente que, se pode surgir por via de simples “boato”, certamente surgirá com a abertura de processo judicial de insolvência, ainda que infundada ⁸⁷.

Pela frequência com que surgem danos pessoais através do pedido infundado de insolvência, defendeu-se inclusivamente que “No art.º 22º transluz sem dúvida o pensamento geral subjacente ao art.º 484º do CC ...” ⁸⁸ Esta regra geral de responsabilidade civil contém uma previsão específica de ilicitude relativa à afirmação ou difusão de factos danosos para o crédito ou o bom nome. Se bem atentarmos, há realmente uma certa aproximação entre os dois artigos, já que os comportamentos tipificados no art.º 22º também têm no cerne a afirmação e a difusão de factos danosos para o crédito e o bom nome ⁸⁹.

Dentro dos danos patrimoniais, estão em causa quaisquer violações do direito fundamental de propriedade privada (art.º 62º/1, CRP) ou do direito à iniciativa económica privada (art.º 61º/1, CRP) ⁹⁰ e têm sido, ainda, considerados os prejuízos económicos puros relativos à estabilidade e à continuação da actividade das empresas afectadas pelo pedido de insolvência ⁹¹. Na verdade, um pedido infundado pode bem causar a suspensão de uma actividade empresarial, o que poderá ser avassalador para os negócios do devedor.

É ainda importante considerar os encargos processuais a que o requerimento infundado de insolvência dá causa e que são notórios do lado do devedor requerido. Com efeito, este terá sempre o ónus processual de se opor à declaração de insolvência e de provar a sua solvência (art.º 30º/4). Ora, para além de todas as outras custas processuais, estas actividades envolvem, normalmente, despesas de patrocínio e de afectação de pessoal do requerido para a recolha dos elementos contabilísticos comprovativos da situação de solvência.

⁸⁶ MANUEL REQUICHA FERREIRA, “Estado de insolvência”, cit., p. 154, faz referência ao conceito de “crédito na praça” que pretende “...demonstrar duas coisas distintas: por um lado, a apreciação de uma determinada pessoa pelos seus dotes de seriedade e correcção na gestão dos seus assuntos correntes (crédito em sentido sociológico); e, por outro lado, a capacidade de obter financiamento, fianças, moratórias (crédito em sentido económico).”

⁸⁷ Em acórdão exemplar quanto à perigosidade que o pedido falimentar infundado reveste, assegura-se que “o mercado actua por sinais ténues quanto à solvabilidade das empresas, não procurando os agentes, geralmente, aprofundar impressões de primeira aparência a esse respeito: a má fama comercial como que se cola à pele e dificilmente sai...” (cfr. a decisão do TRC de 12-06-2012, na qual a requerente foi condenada, por pedido infundado de insolvência, a indemnizar “um profundo dano não patrimonial infligido no prestígio da requerida”).

⁸⁸ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in *Sep. da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66º, n.º 2, Lisboa, Setembro 2006, p. 656.

⁸⁹ Os dispositivos seguem porém caminhos opostos no elemento subjectivo: no art.º 22º é considerado apenas o dolo; no art.º 484º do CC é valorado tanto o dolo como a negligência, pois actua com o art.º 483º/1 do CC.

⁹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 176, sublinha que o direito ao património e à iniciativa económica podem ser facilmente violados por um pedido infundado de insolvência, designadamente quando este “...conduza à total paragem da entidade requerida.”

⁹¹ Vd. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 659 a 662, que coloca o acento tónico nos interesses patrimoniais puros sacrificados pelo pedido falimentar indevido.

Note-se que a extensão e o género de prejuízos variam consideravelmente consoante o devedor em causa. Dentro dos possíveis sujeitos passivos de um processo de insolvência (art.º 2º/1), o maior destaque, e quiçá a maior tutela, parece-nos dever ser orientado para os devedores titulares de empresas ou para as próprias empresas ⁹², se forem elas o alvo directo da declaração, por terem personalidade jurídica ou autonomia patrimonial, por contraponto com as pessoas singulares não detentoras de empresa ⁹³.

A nosso ver, o impacto dos pedidos falimentares infundados na imagem e reputação comercial de uma empresa, bem como no acesso ao crédito e à emissão de garantias bancárias, de que tanto dependem para desenvolver a sua actividade, será bem mais elevado. Efectivamente, quando se equacionam as dificuldades que o requerimento infundado de insolvência pode trazer, pensa-se geralmente nas empresas e nos múltiplos interesses afectados ⁹⁴. Pensa-se ainda no tipo de empresa, mormente no mercado onde está inserida, uma vez que, caso se trate de mercado profundamente concorrencial, a percepção, por outros agentes, da solvabilidade da empresa assume importância decisiva.

Advirta-se, por fim, que se o devedor requerido, seja ele de que tipo for, é o principal prejudicado pelo pedido infundado de insolvência, não é todavia descabido considerar que outros sujeitos e interesses podem ser gravemente afectados. Pode, pois, considerar-se positivo que o art.º 22º se refira aos prejuízos do devedor e dos credores ⁹⁵. Creemos, no entanto, que talvez tivesse sido preferível ir (ainda) mais longe. Nesse sentido, CARNEIRO DA FRADA interpreta o art.º 22º em moldes bastante protectores, de modo a salvaguardar,

⁹² Referimo-nos a realidades empresariais com o mesmo alcance que o faz o CIRE, no art.º 5º: “...considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica.”

⁹³ Vd., porém, o estudo de JORGE DUARTE PINHEIRO, “Efeitos pessoais da declaração de insolvência”, in *Sep. de estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 207 a 223, relativo às consequências da declaração de insolvência para a esfera pessoal de pessoa singular, no qual se defende que a insolvência representa uma nova condição civil, que surge, em termos registais, ao lado de factos como o nascimento, a filiação, o casamento e o óbito.

⁹⁴ Procede desse modo CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 654, ao referir que vindo a ser declarada a insolvência, para além dos prejuízos para a própria empresa, “Os credores, por exemplo, não conseguem amiúde cobrar os seus créditos, pelo menos na íntegra, os sócios são confrontados com a dissolução da sociedade e a liquidação do respectivo património, vendo esfumar-se o valor das suas participações sociais, os trabalhadores perdem, em consequência da extinção da empresa, os seus postos de trabalho e, com eles, o meio de sustento próprio e das suas famílias.” Advirta-se ainda que, pelo menos nos últimos anos, os casos de requerimentos de insolvência infundados e danosos que a jurisprudência tem sido chamada a resolver dizem sempre respeito a empresas (vd. entre outros, os acórdãos do TRC de 12-06-2012 [este é paradigmático quanto à perigosidade que o pedido infundado de insolvência reveste para a empresa solvente], de 11-12-2012 e de 19-02-2013 e o acórdão do TRL de 23-04-2013, todos em www.dgsi.pt).

⁹⁵ Note-se que enquanto os prejuízos sofridos pelo devedor só estão pensados para os casos em que há dedução de pedido infundado, os prejuízos sofridos pelos credores tanto poderão advir de pedido infundado (nomeadamente movido por outro credor) como de apresentação indevida do devedor. Os danos causados aos credores não são, porém, tão facilmente identificáveis. Ainda assim, é possível que sejam alegadas as despesas processuais, designadamente envolvendo a impugnação da sentença declaratória, e, de um modo geral, a circunstância de um pedido ou apresentação indevida à insolvência vir deteriorar a situação económica do devedor. Com efeito, se um requerimento infundado vier “matar” uma empresa que atravessava dificuldades, mas que ainda era sustentável, será praticamente impossível aos credores conseguir a satisfação das suas dívidas.

inclusivamente, terceiros afectados pelo pedido infundado de insolvência, como os sócios ou os trabalhadores da empresa indevidamente requerida, que poderiam ver os seus danos patrimoniais puros ⁹⁶ ressarcidos ⁹⁷. Valorando o argumento sociológico, também REQUICHA FERREIRA enaltece que a mera abertura de procedimento falimentar põe em perigo interesses heterogéneos, entre os quais os de cariz laboral ⁹⁸.

III. Já se percebeu que um dos traços distintivos do processo de insolvência é que a sua simples abertura pode ser fonte de inúmeros sacrifícios ⁹⁹. Com efeito, independentemente da declaração de insolvência indevidamente requerida poder vir a ser recusada, a mera abertura do processo pode significar, por si só, “danos em bola de neve” de valores muito elevados ¹⁰⁰.

Destaque-se que, antes mesmo de o devedor ser citado para se defender, o CIRE permite que sejam decretadas todas as medidas cautelares que se achem necessárias (art.º 31º/1 e 3) ¹⁰¹. Uma dessas medidas, expressamente referida no diploma falimentar, é a nomeação de administrador judicial provisório (art.º 31º/2). Ora, a gravidade do processo falimentar é logo evidenciada quando se percebe que esta nomeação é um facto sujeito a registo (art.º 34º), podendo levar o processo ao conhecimento de terceiros ainda antes de haver qualquer decisão acerca da solvência do devedor. Ademais, este administrador pode passar de imediato a administrar e controlar os negócios do requerido (art.º 33º/1 e 3).

Sendo certo que, independentemente da adopção de medidas cautelares e da eventual publicidade registal, a abertura do processo falimentar pode ser rapidamente conhecida e divulgada ¹⁰², ficando logo a confiança de que gozava o devedor posta em causa, não

⁹⁶ Os prejuízos patrimoniais puros ou danos puramente económicos estão associados a perdas indirectas e exclusivamente económicas sofridas por terceiros, por via dos seus vínculos com a vítima directa. Entre nós, em regra, estes “danos em ricochete” não são merecedores de tutela jurídica delitual, uma vez que normalmente não estão abrangidos por direito ou norma de protecção (art.º 483º/1 do CC). Em rigor, no caso dos trabalhadores ou sócios da empresa indevidamente afectada, não há violação de direitos, apenas de interesses patrimoniais relacionados com a manutenção da actividade empresarial e dos postos de trabalho.

⁹⁷ Cfr. “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 659 a 662, e *infra* II. 5. 2., p. 61 a 63.

⁹⁸ Cfr. “Estado de insolvência”, cit., p. 231.

⁹⁹ CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência...*, cit., p. 28, faz parte da doutrina que tem observado esta circunstância. Considera a autora que “...ainda hoje, a mera abertura do processo pode ser fonte de graves prejuízos para o bom nome, para a honra e para a credibilidade do devedor, o que, por seu turno, pode acabar por transformar o que não passava de uma mera crise passageira numa situação de verdadeira insolvência.” Na mesma direcção, MANUEL REQUICHA FERREIRA, “Estado de insolvência”, cit., p. 342, observa que do simples pedido falimentar pode surgir um “...anátema [...] sobre a solvabilidade do devedor [que] pode abalar a sua credibilidade creditícia perante fornecedores, instituições de crédito e inclusive clientes.”

¹⁰⁰ Vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 193 e 194.

¹⁰¹ Além desta solução, típica na aplicação de medidas cautelares, o processo de insolvência afasta ainda o princípio do contraditório ao possibilitar a dispensa de audiência do devedor nos casos previstos no art.º 12º, o que constitui um desvio em relação aos princípios comuns do processo civil.

¹⁰² Atente-se no caso articulado no acórdão do TRC de 19-02-2013, disponível em www.dgsi.pt, onde se demonstrou que antes mesmo de ter sido citado para se opor à declaração de insolvência o devedor foi contactado por uma Instituição Bancária, com a qual se encontrava em vias de celebração de um negócio, que o

podemos, todavia, deixar de advertir que o rol de danos causados pelo pedido infundado varia decisivamente consoante o desfecho da fase inicial (declarativa) do procedimento, o que não poderá deixar de ser tido em conta.

Em rigor, se a pretensão infundada for liminarmente indeferida a extensão de danos será muito menor do que se a sentença declaratória pretendida vier a ser proferida. É que neste último caso o CIRE estabelece uma vasta série de efeitos legais, a maioria instrumentais para assegurar a utilidade do processo concursal, mas, em abstracto, todos capazes de causar prejuízos, seja ao devedor, aos credores ou até a terceiros. De facto, com a prolação da sentença declaratória da insolvência, para além das consequências estabelecidas no art.º 36, estão previstos efeitos pessoais (art.º 81º a 83º), efeitos processuais (art.º 85º e ss.), efeitos sobre os créditos (art.º 90º e ss.), efeitos sobre os negócios em curso (art.º 102º e ss.) e efeitos sobre os negócios concluídos no período suspeito (art.º 120º e ss.).

Quanto aos efeitos previstos no art.º 36º, note-se que logo após a declaração de insolvência e independentemente do seu trânsito em julgado o administrador da insolvência procede à apreensão de bens do devedor (arts.º 36º/1/g) e 150º/1 e 4) ¹⁰³ e que os actos praticados pelo devedor sobre esses bens são ineficazes em relação à massa (art.º 81º/6).

Relativamente aos efeitos pessoais, o mais frequente, logo que se siga o modelo supletivo do processo de insolvência regulado no CIRE, é a transmissão dos poderes de administração e disposição do devedor para o administrador da insolvência (art.º 81º/1). Ora, para além de todas as limitações que esta restrição da capacidade civil ¹⁰⁴ pode trazer, um concreto dano patrimonial que o devedor indevidamente requerido poderá sofrer, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença declaratória da insolvência, ocorre com a possível venda imediata de certos bens da massa insolvente pelo administrador (art.º 158º/2) ¹⁰⁵.

questionou sobre o facto de ter dado entrada a acção falimentar. Por esse motivo, o requerido viu-se na contingência de ter de se explicar, reforçar as garantias e apresentar documentos até então não solicitados.

¹⁰³ A apreensão de bens para a massa insolvente reveste carácter urgente (art.º 9º/5) e abrange inclusivamente os bens anteriormente penhorados ou apreendidos (art.º 149º).

¹⁰⁴ O professor JORGE DUARTE PINHEIRO, “Efeitos pessoais...”, cit., p. 208 e 209, após salientar que da declaração de insolvência decorrem efeitos de natureza não patrimonial que não são meramente instrumentais, considera que a privação dos poderes de administração e disposição representa uma restrição da capacidade de exercício do devedor declarado insolvente que deverá ser qualificada como uma ilegitimidade para praticar actos com reflexo na massa insolvente. No mesmo sentido, o professor LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, cit., p. 171 e 172, aduz que, não estando em causa uma incapacidade propriamente dita, a situação assume contornos de ilegitimidade. Com efeito, presentemente não existe nenhum argumento legal que permita ir ao ponto de qualificar o insolvente (singular) como incapaz, dado que nem o CC (arts.º 122º a 156º) nem o CIRE atribuem essa relevância à declaração falimentar. É, no entanto, de referir que nem sempre assim foi. Durante muito tempo resultou da declaração de quebra a incapacidade do falido, primeiro na modalidade de interdição civil (vd. o art.º 700º do Código Comercial de 1888, o art.º 16º do Código de Falências de 1899 e os arts.º 212º e ss. do Código de Falências de 1935 e 1317º e ss. do CPC de 1939) e, mais recentemente, na modalidade de inabilitação (vd. o art.º 189º/2/b) do CIRE, antes da alteração, que cominava a inabilitação das pessoas afectadas pela qualificação culposa da insolvência).

¹⁰⁵ A este respeito, PAULA COSTA E SILVA, “A liquidação da massa insolvente”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65º, Dezembro de 2005, p. 730, diz que embora a declaração judicial permita a venda regular de

No que concerne a efeitos processuais, poderá assumir prejuízos o credor que tenha movido execução contra o devedor, pois a eventual declaração de insolvência, proveniente de pedido ou apresentação indevida, suspende o andamento da acção (art.º 88º/1) ¹⁰⁶ e dá ao credor ténues esperanças de ser pago no processo concursal, principalmente se não pertencer à classe dos credores garantidos ¹⁰⁷ ou privilegiados (arts.º 47º/4/a), 174º e 175º).

Com os efeitos sobre os créditos intenta-se estabilizar o passivo do devedor, pelo que a declaração de insolvência fará também com que as suas obrigações se vençam e tornem exigíveis, independentemente do prazo que ainda tivesse para cumprir (art.º 91º/1).

Atenção especial merece a publicidade conferida ao processo graças à declaração judicial de insolvência. Efectivamente, o autor do CIRE, ao que tudo indica ponderando a forte susceptibilidade de surgirem graves prejuízos com o conhecimento do processo, optou por limitar o princípio da publicidade processual ao tornar a generalidade dos processos falimentares conhecidos apenas e só se for proferida sentença declarativa. Assim, desde 2004, descontando a hipótese em que é nomeado administrador provisório, somente quando o tribunal emite sentença declaratória de insolvência é que a generalidade dos credores é chamada ao processo (art.º 37º) ¹⁰⁸ e é promovida a sua publicitação (art.º 38º) ¹⁰⁹. Nos casos em que o pedido infundado é indeferido, liminarmente (art.º 27º/1/a)) ou através de sentença de indeferimento do pedido (art.º 44º), a regra é a ausência de publicidade ¹¹⁰.

certos bens, caso tenha sido emitida com base em pedido infundado e venha a ser revogada, o “insolvente putativo” que tiver sofrido danos com aquela venda pode suscitar a aplicação do art.º 22º.

¹⁰⁶ Antes da Lei 16/2012 ter aditado o n.º 3 ao art.º 88º, os tribunais concluíam que a declaração de insolvência não só suspendia as acções e diligências executivas que estivessem a correr contra o insolvente, como as extinguiu por impossibilidade superveniente da lide (vd. o acórdão do TRE de 06-10-2011, www.dgsi.pt).

¹⁰⁷ Mesmo o credor que beneficie de penhora não terá o crédito garantido no processo concursal (art.º 140º/3).

¹⁰⁸ Na vigência do CPEREF, com base nos arts.º 20º e 21º (vd. ABÍLIO NETO, *Legislação complementar...*, cit., p. 477), as coisas passavam-se de diferente modo: aberta a instância, se o pedido – do devedor ou de outro legitimado – não fosse liminarmente indeferido, proceder-se-ia imediatamente à fase de audiência dos credores para que se pronunciassem sobre o pedido. Portanto, antes da eventual declaração de falência o processo já era conhecido por todos os credores e restantes interessados, como os trabalhadores da empresa (art.º 21º). Era particularmente chocante que o pedido de outros legitimados pudesse dar, de forma praticamente imediata, publicidade ao processo, antes de qualquer decisão. Esta situação foi, e bem, revista nos arts.º 37º e 38º.

¹⁰⁹ A declaração da insolvência e a nomeação do administrador de insolvência são objecto de registo officioso na conservatória respectiva (art.º 38º/2 e 3). Note-se que se o devedor for uma pessoa singular proceder-se-á ao registo daqueles factos na conservatória do registo civil (art.º 38º/2/a) do CIRE e art.º 1º/1/j) do CRC), através de averbamento no assento de nascimento (art.º 69º/1/h) do CRC). Chama a atenção o professor JORGE DUARTE PINHEIRO, “Efeitos pessoais...”, cit., p. 209, que “Uma certidão de nascimento será suficiente para saber se a pessoa em apreço foi ou não declarada insolvente...”

¹¹⁰ Dispõe o art.º 44º/1 que, em caso de indeferimento, a notificação é feita só ao requerente e ao devedor. Contudo, mesmo assim, o requerido não está livre de ver o processo onde foi indevidamente “acusado” de insolvente chegar ao conhecimento dos mais variados agentes (clientes, fornecedores, trabalhadores, entidades bancárias...), pelo que, à parte da situação em que foi nomeado administrador provisório e o próprio CIRE estipula a publicação da sentença de indeferimento como forma de corrigir a publicidade negativa gerada com o registo daquela nomeação (art.º 44º/2), a jurisprudência tem aconselhado o devedor a “...dar à sentença de indeferimento da declaração de insolvência a publicidade que entender, utilizando todos os meios e locais que achar adequados” (cfr. acórdão do TRG de 20-01-2011, www.dgsi.pt).

Não se pode ignorar que o grau de publicidade do processo não é hoje o mesmo, caso o pedido improceda ou seja atendido, circunstância que pode contribuir para reduzir os danos oriundos do pedido infundado de insolvência que seja indeferido. Contudo, tal como aponta PEDRO DE ALBUQUERQUE, “...não será nunca de excluir que mesmo com estes cuidados terceiros venham a ter conhecimento da acção.” ¹¹¹

Repare-se, por fim, que nem a eventual revogação da sentença de declaração de insolvência indevidamente proferida permitirá suprimir os prejuízos causados. O próprio CIRE, no art.º 43º, dispõe que “A revogação da sentença de declaração de insolvência não afecta os actos legalmente praticados pelos órgãos da insolvência”, o que dá cobertura legal a que certos actos, praticados designadamente pelo administrador de insolvência, possam permanecer inatacáveis, mesmo que tenham causado prejuízos e sido praticados ao abrigo de uma declaração de insolvência que não devia ter existido.

IV. Para terminar a análise acerca da danosidade do processo de insolvência e do tipo de prejuízos a ele associados, deve ainda ser tida em conta a própria finalidade do processo falimentar que se abre. Ora, esta tem mudado substancialmente, ao longo dos tempos, bem como o peso dos intervenientes no processo, mormente dos credores.

No âmbito da evolução do Direito falimentar português, costumam ser identificadas três fases ¹¹²: a fase da falência-liquidação, que se estende das primeiras disposições até ao CPC de 1961 e cujo fim do processo, além da punição do devedor, era assegurar a satisfação dos credores através da liquidação integral do património do falido; a fase da falência-saneamento, instituída com o CPC de 1961 e mantida até ao CIRE, onde os meios preventivos da falência e a recuperação das empresas passaram a ser prioritários ¹¹³ e a fase do retorno à falência-liquidação, desencadeada justamente pelo CIRE, com a ideia de recuperação a ser subalternizada ¹¹⁴ e o curso do processo a ser deixado nas mãos dos credores ¹¹⁵.

¹¹¹ Cfr. *Responsabilidade processual...*, cit., p. 7.

¹¹² Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, cit., p. 47 e ss, e LUÍS CARVALHO FERNANDES, “O código da insolvência e da recuperação de empresas na evolução do regime da falência no direito português”, p. 41 e ss.

¹¹³ Vd., designadamente, o art.º 1º/1 e 2 do CPEREF.

¹¹⁴ Dizia o art.º 1º do CIRE, na sua primeira versão, que o fim do processo era “...a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente.” Para LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, cit., p. 58, “...apesar de o preceito parecer rejeitar qualquer preferência por uma ou outra das vias alternativas de satisfação dos interesses dos credores, é realmente a liquidação do passivo na forma tradicional que acaba por prevalecer em razão da sua supletividade.”

¹¹⁵ O preâmbulo do D. L. n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE, diz no seu ponto 3 que “Sendo a garantia comum dos créditos o património do devedor, é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação dessa garantia...”

Efectivamente, com a entrada em vigor do CIRE, o desfecho de liquidar o património do insolvente voltou a ser o mais frequente, constituindo a recuperação finalidade meramente acessória do processo. Por esse motivo, o requerente deveria ser especialmente cuidadoso na altura de recorrer ao processo de insolvência, uma vez que a probabilidade deste findar na liquidação total de um património, para além de todos os outros sacrifícios, era elevada. Também por esse motivo, o legislador deveria ter promovido acrescidas cautelas no momento de dar início ao processo e responsabilizar em termos adequados quem o inicia sem fundamento, o que claramente não fez no art.º 22º ¹¹⁶.

É certo que esta última fase do retorno à finalidade liquidatória do processo foi recentemente atenuada com a Lei 16/2012, de 20 de Abril, que alterou o CIRE de modo a dar um novo enfoque à recuperação dos devedores ¹¹⁷. Nesse sentido, o art.º 1º do CIRE, na nova versão, veio tentar inverter o paradigma do diploma falimentar, dele resultando agora que a satisfação dos credores deverá ocorrer preferencialmente através de um plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa, e que só deverão ser adoptados os trâmites da liquidação quando tal não se afigure possível ¹¹⁸. Criou-se ainda o Processo Especial de Revitalização, destinado a devedores em situação económica difícil ou em estado de insolvência iminente, mas ainda susceptíveis de recuperação (art.º 17º-A e ss.) ¹¹⁹, e instituiu-se, com o D. L. n.º 178/2012, de 3 de Agosto, o SIREVE, que visa promover a recuperação extrajudicial das empresas ¹²⁰.

Mas não obstante as referidas mudanças ¹²¹, o CIRE não passou a vincular, ou sequer limitar, os credores no que toca ao rumo do processo de insolvência, continuando estes a ser

¹¹⁶ Com o mesmo entendimento, MANUEL REQUICHA FERREIRA, “Estado de insolvência”, cit., p. 352.

¹¹⁷ Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, cit., p. 76 e 77.

¹¹⁸ Segundo LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, cit., p. 283, o desiderato de mudar o paradigma do CIRE não terá, no entanto, sido alcançado, pois “Apesar de após a Lei 16/2012, o legislador manifestar preferência pela recuperação, continua a deixar na mão dos credores a escolha entre a recuperação ou a liquidação, dando-lhes inteira liberdade de optarem, em termos de racionalidade económica, pela que julgarem ser a melhor solução de defesa dos seus interesses.” Também LUÍS M. MARTINS, *Processo de insolvência anotado e comentado*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 57 e 58, embora refira o regresso, de certo modo, ao paradigma do CPEREF, entende que “Contrariamente à anunciada ‘mudança de paradigma’ esta não se consegue concretizar alterando um artigo num código com 304 normativos de cariz executivo, sem que nada se altere na sua tramitação em moldes de permitir a prevalência da recuperação e uma maior intervenção e protecção do devedor no processo.”

¹¹⁹ De certo modo, para o devedor (singular ou colectivo) que se encontre em estado de insolvência iminente é uma via alternativa ao processo de insolvência. Reveste natureza semi-judicial ou até extrajudicial (art.17º-I).

¹²⁰ Neste movimento insere-se, ainda, o D. L. n.º 227/2012, de 25 de Outubro, que promove a prevenção e a regularização do incumprimento de contratos de crédito bancários, através do Plano de Acção para o Risco de Incumprimento e do Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento.

¹²¹ Tiveram o cunho do governo, que a tal ficou vinculado, em 2011, por via do compromisso 2.18 do Memorando de Entendimento acordado com a *Troika*, e visavam, principalmente, travar o crescente número de empresas declaradas insolventes e, assim, combater o desemprego e promover o crescimento económico. Digase, em abono da verdade, que as mudanças introduzidas no Direito falimentar parecem ter surtido efeitos a curto prazo, já que, segundo as informações estatísticas disponibilizadas pelo Ministério da Justiça (www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticatrimestrais3630/downloadFile/file/Insolvencias_trim

os “senhores do processo”. A recuperação da empresa através do SIREVE, de um Processo Especial de Revitalização ou de um plano de insolvência – agora chamado “plano de recuperação” (art.º 192º/3) – continua a ser, a par da liquidação – prevista num plano ou resultante do regime legal supletivo do CIRE –, acima de tudo, um instrumento para os credores verem satisfeitos os seus créditos, que é a finalidade última do processo ¹²².

Por ser assim, continuamos a propender para a necessidade de os requerentes de insolvência, particularmente os credores, pelo seu estatuto e peso na determinação do rumo do processo, terem em conta, como finalidade processual, a possível liquidação global da massa patrimonial do devedor antes de recorrerem precipitadamente ao processo de insolvência.

3. A restrição ao dolo

I. É indubitável que a grande especificidade do art.º 22º diz respeito à sua restrição em termos de grau de culpa. De facto, uma interpretação gramatical do mesmo leva a crer que o seu autor, ao incluir na parte final a expressão “mas apenas em caso de dolo”, quis expressamente afastar a relevância nesta sede dos comportamentos negligentes e censurar somente as actuações dolosas ¹²³. A reforçar este entendimento da vontade legislativa está a versão integral do preâmbulo do D. L. n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE, onde é dito, no ponto 35, que “Exige-se, porém, dolo da parte de quem tenha deduzido pedido infundado ou se tenha indevidamente apresentado à insolvência para que possam ser constituídos na obrigação de indemnizar, respectivamente, o devedor ou os seus credores.” ¹²⁴

Considerando ainda o disposto no art.º 9º/3 do CC ¹²⁵, o resultado a que se chega é então o de uma *facti species* de tal modo restrita que dificilmente encontrará aplicação. Na verdade, a prova do dolo pelo lesado será muito mais complicada, principalmente pela facilidade com que o requerente poderá afastar a intencionalidade a ele associada, do que a demonstração de que foram violados deveres elementares de cuidado, como se exigiria. Esta situação é remediada, apenas, pelo facto de todos os tipos de dolo poderem ser considerados ¹²⁶, o que

[estral_20140423.pdf?nocache=1398858979.55](#)), o número de declarações de insolvência desceu finalmente em 2013, depois de vários anos em constante crescimento, e as empresas declaradas insolventes, que constituíam a maioria dos casos, são hoje apenas uma terça parte. Para isso muito contribuiu o PER e o SIREVE.

¹²² Assim também LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, cit., p. 58.

¹²³ É esta a interpretação (literal) do art.º 22º que a jurisprudência tem privilegiado (vd., designadamente, o acórdão do TRP de 22-04-2008, in *Cadernos de Direito Privado*, cit., p. 75 e ss.).

¹²⁴ Cfr. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas...*, cit., p. 218. O citado ponto 35, porém, não foi publicado na versão final do preâmbulo por razões de economia legislativa.

¹²⁵ “Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”

¹²⁶ Opinião assumida por LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 22º, p. 145, e que tem sido perflhada pela doutrina e pela jurisprudência.

poderá permitir abarcar algumas situações situadas no limiar do dolo, designadamente aquelas que estão na fronteira entre o dolo eventual e a negligência consciente ¹²⁷.

Estamos pois perante uma norma que, aparentemente, ao invés de traduzir a preocupação de responsabilizar devidamente os requerentes de insolvência injustificada, introduz uma exclusão de responsabilidade sempre que não haja dolo.

II. Evidentemente, como possíveis casos de pedido infundado doloso, poderão ser tidos em conta todos aqueles em que o requerente sabe (elemento cognoscitivo) que o devedor está solvente e, não obstante, eventualmente ignorando intencionalmente informação que tem ao seu dispor, decide requerer a sua insolvência, designadamente com a desculpa de se encontrar verificado um facto-índice, querendo – directamente no caso do dolo directo, prevendo-o como consequência da sua conduta no caso do dolo necessário ou prevendo-o como consequência possível mas não confiando na sua verificação no caso do dolo eventual -, além da cobrança do próprio crédito, provocar danos ao devedor (elemento volitivo).

Portanto, em abstracto, todos os casos protagonizados por credores mal-intencionados que sabem que o devedor está solvente e lhe querem causar prejuízos, nomeadamente para o afastar do mercado onde com ele concorrem, ou querem exercer pressão, até coacção, e assim obterem o pagamento exclusivo dos seus créditos ¹²⁸, não poderão deixar de ser considerados.

Já quanto aos casos de apresentação indevida dolosa, poder-se-ão equacionar os protagonizados por devedor apresentante ou pelos seus administradores que, tendo consciência que o estado não é ainda sequer de insolvência iminente, querem prejudicar determinados credores, designadamente fugindo temporariamente a execução anteriormente instaurada ¹²⁹, ou os sócios da empresa. No caso do devedor singular, pense-se ainda naquele

¹²⁷ Um caso deste género foi julgado pelo TRC em 12-06-2012, www.dgsi.pt. No aresto entendeu-se que o credor requerente tinha actuado de forma temerária ao deduzir pedido de insolvência sem que se verificasse algum dos factos-índice do art.º 20º/1. Entendeu-se também que, além do pedido temerário infundado, se verificava um “uso desviado do processo de insolvência”, pela circunstância de o credor ter movido o processo de insolvência para pressionar o devedor a pagar um determinado montante que estava em discussão entre eles. Ora, neste caso, o tribunal decidiu que o pedido infundado foi deduzido com dolo eventual, estando abrangido na *facti species* do art.º 22º, pois “O dolo eventual abrangeria aqui a propositura temerária da insolvência, sem correspondência à partida nos factos índice previstos no artigo 20º, nº 1, do CIRE, quando se determinasse a existência *ab initio* de um propósito claramente desviado no desencadear do processo concursal. É esta associação que torna evidente a desproporção do meio empregue e faz sobressair a ultrapassagem dos limites da simples negligência.”

¹²⁸ Vd. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 666, que destaca precisamente os casos em que ocorre “...coacção moral do credor sobre o devedor para cobrança do crédito, ameaçando-o através da dedução de um pedido de insolvência injustificado, ou a vingança posterior do credor pela não satisfação do seu crédito mediante o mesmo género de conduta.”

¹²⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Pedido de declaração de insolvência”, cit., p. 14, relaciona a intenção do devedor iludir uma penhora com o regime do CIRE, particularmente com os arts.º 29º e 81º, dos quais resulta que a sua apresentação à insolvência equivale ao reconhecimento do estado de insolvência e que a insolvência será declarada de forma (praticamente) imediata. Ora, o devedor sabe que esta declaração quase automática suspende o andamento das diligências executivas (art.º 88º/1).

que recorre indevidamente ao processo apenas para beneficiar de certos procedimentos instituídos para o auxiliar numa situação de grave crise, como a exoneração do passivo restante (art.º 235º e ss.) que servirá, eventualmente, para se livrar das dívidas.

III. De fora da previsão do art.º 22º ficam, contudo, um sem número de situações em que o requerente, agindo sem o grau de diligência exigível a quem pretende desencadear um processo com uma amplitude de consequências tão assinalável, decide abrir o processo, não obstante o requerido não estar insolvente e fosse possível sabê-lo com facilidade.

Destacam-se os casos em que o requerente possui informação suficiente acerca da solvência do devedor ou pode facilmente obtê-la e não procede à sua análise ou obtenção antes de solicitar a declaração de insolvência ¹³⁰. Nestas situações estão os requerentes que têm acesso a um manancial informativo que lhes permite facilmente chegar à conclusão que o devedor não está efectivamente impossibilitado de solver as suas obrigações vencidas, como por exemplo as instituições bancárias que, como forma de se precaverem na concessão de empréstimos, podem aceder com facilidade à central de riscos de crédito e à “lista negra” de incumpridores de empréstimos junto do Banco de Portugal ¹³¹.

E mesmo os credores que não têm tanta facilidade de acesso à informação financeira do devedor, certamente não seriam excessivamente conscienciosos se, antes de recorrer ao pedido falimentar, consultassem, designadamente, a publicação na net dos maiores devedores ao fisco ou à segurança social ¹³², a lista pública de execuções ¹³³, a Base de Dados das Contas Anuais da empresa ¹³⁴ ou os factos relativos ao devedor e aos seus bens sujeitos a registo ¹³⁵.

De uma forma geral, tendemos a considerar que todas as vezes em que os credores, de forma temerária ou, no mínimo, leviana e imprudente, optem por abrir o processo executivo universal sem o mínimo de certezas quanto ao estado de insolvência do devedor, estarão a

¹³⁰ Vd. MANUEL REQUICHA FERREIRA, “Estado de insolvência”, cit., p. 344.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 341 e 342.

¹³² Teve início com o disposto nos n.ºs 5 e 6 do art.º 64º da Lei Geral Tributária, com a redacção dada pelo art.º 57º da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2006). Se o nome do devedor constar das listas de débitos ao fisco ou à segurança social, que começam no patamar dos 7.500€, é bem provável que os interessados possam requerer fundadamente a insolvência com base no facto-índice do art.º 20º/1/g).

¹³³ Pode ser consultada no portal Citius e identifica os executados relativamente aos quais não foi possível identificar bens penhoráveis suficientes para pagar as dívidas (vd. a Portaria n.º 313/2009, de 30 de Março, e a Portaria n.º 279/2013, de 26 de Agosto). Fazendo esta consulta prévia - e ainda que se possa questionar a utilidade da acção falimentar, devido à insusceptibilidade da satisfação dos credores - o requerente poderá eventualmente abrir o processo de insolvência com base no facto-índice do art.º 20º/1/e).

¹³⁴ A BDCA está prevista no art.º 10º do D. L. n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, e pode ser consultada na internet através da aquisição de uma assinatura anual (vd. www.ies.gov.pt/site_IES/site/servicos.htm).

¹³⁵ Vd., nomeadamente, o art.º 73º/1 do Código do Registo Comercial e o art.º 104º do Código do Registo Predial, dos quais resulta que “Qualquer pessoa pode pedir certidões dos atos de registo e dos documentos arquivados, bem como obter informações verbais ou escritas sobre o conteúdo de uns e de outros.” Ora, de entre os actos de registo que podem ser livremente consultados estão, no caso das empresas, as prestações de contas (arts.º 3º/1/n) e 42º do Código do Registo Comercial).

agir com negligência grave e deverão ser responsabilizados. Seguramente que tal deveria estar contemplado no art.º 22º, mas, pelo menos expressamente, não está ¹³⁶.

Por outro lado, os outros graus de culpa negligente, mormente a culpa leve (relativa à omissão do grau de diligência normal - art.º 487º/2 do CC) ou mesmo a culpa levíssima (relativa à omissão de cuidados especiais que só as pessoas muito prudentes e escrupulosas observam), atendendo à solução intencionalmente restritiva do art.º 22º, dificilmente poderão nesta sede ser tidos em conta para responsabilizar o requerente.

IV. Para além da prova do dolo do requerente falimentar ser tremendamente difícil e da existência de inúmeros casos de grave incúria que deveriam ser considerados, há um outro factor que aponta para a inadequação do tipo subjectivo do art.º 22º.

De facto, se for censurada somente a dedução dolosa, o requerente que consiga demonstrar a verificação de facto-índice do art.º 20º/1 até pode causar um efeito devastador ao requerido que a sua responsabilização ficará praticamente afastada, nomeadamente e no que aqui interessa ¹³⁷, porque o grau máximo de culpa parece ficar excluído.

MENEZES LEITÃO aparenta mesmo descortinar nos factos indiciadores elencados no art.º 20º/1 causas de exclusão da culpa, ao sustentar que “Já não parece, no entanto, justificar-se a responsabilização do requerente por pedido infundado nos casos em que este consegue provar algum facto-índice da insolvência, entre os referidos no art.º 20º/1, tendo sido o devedor que, na sua oposição, elide a presunção de insolvência nos termos do art.º 30º/4. Efectivamente, nesta situação não existe dolo, nem sequer negligência grosseira.” ¹³⁸

Concordamos até certo ponto com esta posição. Na verdade, sendo alegado um facto-índice será realmente muito difícil imputar o tipo doloso do art.º 22º, já que a própria lei consagra aqueles factos como revelações normais do estado de quebra. Não podemos, todavia, ir ao ponto de considerar aqueles factos causas de exclusão da culpa. Pense-se que se o requerente sabe que o devedor está solvente, não é a verificação de uma ocorrência elencada no art.º 20º/1 que o habilita a pedir a declaração judicial de um estado que não existe ¹³⁹. Se o fizer, agirá dolosamente e poderá ser responsabilizado até nos apertados termos do art.º 22º.

¹³⁶ Ainda que a literalidade do art.º 22º não pareça consenti-lo, a relevância nesta sede deste grau elevado de culpa, conforme veremos *infra* em II. 5., é defendida por grande parte da doutrina.

¹³⁷ Seguindo a *communis opinio*, a alegação de um facto-índice será igualmente determinante para se saber se o pedido de insolvência tem fundamento, se é um acto lícito. Nesta orientação, tais factos podem constituir, eventualmente, causas de exclusão da ilicitude (vd. *supra* II. 1., p. 22 a 25).

¹³⁸ Cfr. *Direito da insolvência*, cit., p. 145, e *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 22º, p. 71.

¹³⁹ Com este entendimento, vd. MANUEL REQUICHA FERREIRA, “Estado de insolvência”, cit., p. 342 e 343. A posição deste autor acerca do valor dos factos-índice no processo falimentar contraria o entendimento maioritário, uma vez que a articulação deles com a legitimidade para requerer a insolvência ou com a responsabilidade por pedido infundado não seria decisiva (*op. cit.*, p. 334 a 343). Neste sentido, os factos indiciadores não seriam, *a priori*, condição necessária para se poder requerer com legitimidade e fundamento a

V. Tal como fizemos relativamente à ilicitude dos comportamentos descritos no art.º 22º ¹⁴⁰, deve agora ser esclarecido se o momento em que o elemento subjectivo exigido pelo art.º 22º se verifica *in caso* é decisivo para que o tribunal possa sancionar o requerente de insolvência infundada. Mais concretamente, será necessário que o requerente actue dolosamente logo na fase em que impulsiona o processo de insolvência, quer através do pedido quer através da apresentação, ou poderá a sua conduta ser valorada numa maior amplitude temporal, designadamente podendo o tribunal apreciá-la no decorrer do processo?

Chamando a atenção para as hipóteses em que num momento inicial o requerente da insolvência pode estar a agir sem culpa, mas posteriormente já é possível identificar uma actuação dolosa ou com culpa grosseira, nomeadamente porque após a oposição do devedor o credor requerente insiste no pedido de insolvência, PEDRO DE ALBUQUERQUE defende que a verificação da existência de culpa de quem pede a insolvência deve ser feita “...face ao comportamento do requerente em cada momento relevante do processo e não apenas no momento da formulação do pedido.” ¹⁴¹

Subscrevemos inteiramente as palavras do autor. Ademais, PAULA COSTA E SILVA observa que a jurisprudência concretiza os tipos do art.º 456º/2 do CPC de 1961 ¹⁴² – alguns prevendo situações bem próximas das contidas no art.º 22º - atendendo não a actos processuais isolados, “...mas à integralidade do comportamento da parte”, sendo “...da análise da totalidade da intervenção do sujeito processual que decorre a possibilidade de exercer censura sobre essa intervenção já que ela permitirá ao julgador formar uma imagem mais nítida daquela que pode ser a colocação de fins do sujeito processual.” ¹⁴³

3. 1. Fonte inspiradora da solução restritiva

I. Na busca pela compreensão da norma do art.º 22º será útil descortinar se a sua limitação (excessiva) ao dolo foi introduzida no CIRE tendo tido directamente alguma fonte inspiradora, designadamente alguma construção existente no Direito estrangeiro ou algum antecedente do Direito nacional pretérito.

insolvência do devedor, nem funcionariam, *a posteriori*, como causas de exclusão da ilicitude ou da culpa. Poderia pois a insolvência ser requerida com base na verificação de um facto-índice do art.º 20º/1 e ainda assim o pedido ser ilícito, por falta de fundamento, e censurável, devido a actuação dolosa ou com culpa grave.

¹⁴⁰ Vd. *supra* II. 1., p. 25 e 26.

¹⁴¹ Cfr. “A declaração da situação de insolvência...”, cit., p. 793.

¹⁴² Corresponde hoje ao art.º 542º/2 do CPC de 2013, aprovado pela Lei 41/2013, de 26 de Junho.

¹⁴³ Cfr. *A litigância de má fé*, cit., p. 344.

Trata-se, pois, de apurar se os precedentes normativos ¹⁴⁴ do art.º 22º tiveram alguma influência na opção do legislador de restringir a responsabilização do requerente de insolvência aos comportamentos dolosos.

II. Quanto aos precedentes históricos, a análise da evolução da responsabilidade do requerente de falência ¹⁴⁵ permite firmar a conclusão que esta responsabilidade já vinha sendo delineada em moldes restritivos, mas que essa opção legal era mais facilmente justificável do que hoje, estando correctamente enquadrada com os sistemas de responsabilidade que então vigoravam e para os quais foi sendo feita remissão clara.

Esse dado é importante. Merece, no entanto, agora particular atenção, na busca pela possível ligação do art.º 22º aos seus antecedentes, o culminar da linha evolutiva verificada em sede de responsabilidade do requerente de falência.

Ora, antes do art.º 22º, a última regra que estatuiu esta responsabilidade entre nós, instituída com o CPC de 1939 (art.º 1152º) e mantida no CPC de 1961 (art.º 1188º), remetia para a responsabilidade processual por litigância de má fé, o que permitia considerar apenas os pedidos infundados de insolvência dolosos, tal como hoje parece resultar do art.º 22º. Poderíamos pois avançar que a actual solução teve por fonte inspiradora essas disposições legais anteriores que restringiam a responsabilização do requerente de falência ao dolo.

Acontece que tal entendimento seria, no mínimo, forçado. O criador do CIRE certamente não ignorava que a valoração exigente do regime central do art.º 456º do CPC de 1961 tinha sido superada com a revisão processual civil de 1995/1996. Nessa altura, o sistema da responsabilidade processual civil evoluiu claramente no sentido da maior eticização ou moralização, tendo sido introduzidos novos tipos de ilícito processuais concretos ¹⁴⁶ e passado a dar-se relevância aos comportamentos negligentes. Para o que agora importa, o art.º 456º/2 do CPC de 1961, além da dedução dolosa de pretensão infundada, passa a abarcar igualmente a dedução grosseiramente negligente.

A propósito de algumas propostas do projecto do CIRE, JOSÉ LEBRE DE FREITAS observa: “As reformas legislativas não devem nunca perder a perspectiva da evolução legislativa global do sistema jurídico” e “A revisão de 1995-1996 [...] apontou um sentido à

¹⁴⁴ Estamos pois a mover-nos na fase da interpretação jurídica (do art.º 22º) em que se convocam os elementos históricos, com destaque para os precedentes normativos. Vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Interpretação e teoria geral*, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 412 e 413, e A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2009, p. 337.

¹⁴⁵ Vd. *supra* I.

¹⁴⁶ Como o que se prende com a violação do reforçado dever de cooperação processual (art.º 456º/2/c)).

progressão da lei processual civil que os diplomas posteriores não podem ignorar.”¹⁴⁷ Pensamos que uma solução do CIRE que não encaixa na dita evolução é justamente o art.º 22º.

Com essa mesma consciência, PAULA COSTA E SILVA salienta que a solução do art.º 22º “surge em contraciclo” com o recente movimento de incrementar os deveres de cuidado da parte activa no processo¹⁴⁸. E vai mais longe ao apontar que a estranheza relativa ao art.º 22º aumenta pois aquando da elaboração do CIRE estava também em vigor, desde 2003, em matéria de acção executiva singular, um tipo especial de ilícito cujo elemento subjectivo coincidia com o que encontramos no art.º 483º do CC¹⁴⁹. Refere pois que “...imediatamente antes da entrada em vigor do CIRE, não descrevendo [o CPEREF] um ilícito específico de requerimento de insolvência infundado, seria aplicável, a estes casos, o regime do artigo 819º” do CPC de 1961 que responsabilizava o requerente por negligência simples¹⁵⁰.

Embora a referida autora não concretize esta orientação, julgamos que o seu fundamento assenta na circunstância de o processo falimentar ser tradicionalmente considerado um processo de execução universal¹⁵¹. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA assinalam justamente que sendo o processo de insolvência dogmaticamente integrado na categoria dos processos especiais e legalmente qualificado como processo de execução universal é às disposições do processo executivo que, em primeiro recurso, se deve atender quando a legislação falimentar não dê a resposta¹⁵².

Portanto, seguindo este raciocínio, de facto é possível conceber que antes de entrar em vigor a solução actual do art.º 22º, estando em vigor um tipo especial de ilícito para responsabilizar o requerente de acção executiva na sua tipologia mais perigosa (sem citação prévia do executado), era esta a norma que seria aplicável ao requerente do também perigoso processo de execução universal. No período antecedente à entrada em vigor do CIRE, o pedido infundado de insolvência poderia assim ser considerado mesmo que o requerente tivesse actuado com culpa simples – quanto muito com negligência grave, por via da aplicação do revisto regime processual geral do art.º 456º/2 do CPC.

Conclui-se, portanto, que o autor do CIRE não desenhou o tipo de ilícito do art.º 22º, assente no dolo, tendo tido directamente por fonte inspiradora o Direito nacional pregresso, pois já se responsabilizava a pretensão infundada para lá do dolo há quase uma década¹⁵³.

¹⁴⁷ Cfr. “Pedido de declaração de insolvência”, cit., p. 11.

¹⁴⁸ Vd. *A litigância de má fé*, cit., p. 507.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ O próprio legislador o define assim no art.º 1º do CIRE.

¹⁵² Vd. *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 1º, p. 60.

¹⁵³ Não é de mais reiterar, contudo, que no passado mais distante grande parte das normas responsabilizatórias do requerente falimentar estavam igualmente limitadas às condutas maliciosas. Acontece que essas soluções

III. Vejamos agora os precedentes comparativos, relativos ao Direito estrangeiro que vigorava na época da formação do CIRE.

Em Espanha, o art.º 20º/1 da “Ley Concursal”¹⁵⁴, epigrafado “Resolución sobre la solicitud y recursos”, reconhecia o direito do devedor lesado pelo pedido de insolvência rejeitado ser indemnizado, o qual devia ser exercido no próprio processo de insolvência a requerimento do devedor, nos termos do art.º 712º e ss. da “Ley de Enjuiciamiento Civil”. Bastava-se com a improcedência do pedido e com a causação de danos ao devedor requerido.

Na Itália, a gravidade do requerimento de falência também era reconhecida na lei, uma vez que o art.º 96º, §2, do “Codice di Procedura Civile” o equiparava à execução forçada, visando assim impor ao requerente um nível elevado de diligência no momento de dar início à acção, com fundamento no facto de ele dever saber que o meio de que lança mão desencadeia efeitos gravosos para o requerido¹⁵⁵. Estabelecia ainda a “Legge Fallimentare”, no art.º 21º, para o caso da revogação da declaração de insolvência, que o credor requerente devia pagar indemnização ao requerido, sem fazer qualquer exigência especial acerca do grau de culpa.

Posto isto, parece claro que nem em Espanha nem em Itália se limitava (e ainda hoje não se limita) a responsabilidade do requerente de insolvência ao dolo. Pelo contrário, era notória a maior amplitude de censura que os respectivos dispositivos permitiam exercer.

Alguns autores têm sustentado que a fonte mais próxima do nosso art.º 22º poderá ser encontrada no Direito germânico. CARNEIRO DA FRADA aponta mesmo para um dispositivo legal concreto, ao clamar que deveria indagar-se em que medida o art.º 22º e a sua exigência pelo dolo se terá inspirado no muitíssimo exigente § 826 do BGB¹⁵⁶ que apenas responsabiliza as actuações dolosas e contrárias aos bons costumes¹⁵⁷.

MENEZES CORDEIRO também encontra a fonte do art.º 22º no Direito alemão, com a particularidade, porém, de não apontar directamente para uma fonte imediata de direito, mas sim para a orientação jurisprudencial do BGH alemão que tem aplicado o § 826 do BGB a comportamentos processuais ilícitos e danosos, entre os quais, precisamente, os requerimentos infundados de insolvência^{158/159}.

estavam em sintonia com os regimes gerais de então, também restritivos, o que não se verifica hoje com o art.º 22º, por via da já mencionada alteração valorativa introduzida em 1995 no regime processual civil.

¹⁵⁴ Publicado em 10 de Julho de 2003 (Vd. Boletín Oficial del Estado, disponível em <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>).

¹⁵⁵ Vd. PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, cit., p. 507 e 508.

¹⁵⁶ Cfr. “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 661.

¹⁵⁷ Segundo a tradução de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 81, é este o corpo do § 826 do BGB: “Aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indemnização do dano.”

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 227 a 230.

¹⁵⁹ Na origem da referida orientação jurisprudencial esteve uma polémica decisão do BGH, emitida em 3-10-1961, onde se entendeu que a empresa credora, não obstante ter requerido a falência da devedora de forma

Diga-se que embora esta orientação jurisprudencial de recorrer a dispositivos de responsabilidade civil presentes no BGB para sancionar pretensões processuais infundadas seja uma absoluta necessidade, atendendo ao facto do ordenamento jurídico alemão não contar nem com um sistema específico de responsabilidade processual civil nem mesmo com tipos especiais, designadamente para responsabilizar o pedido falimentar infundado ¹⁶⁰, a escolha do dispositivo de responsabilidade civil mais exigente do BGB tem causado alguma celeuma, particularmente quando é aplicado nos processos mais perigosos.

Mas pese embora a vasta crítica doutrinal ¹⁶¹, como observa MENEZES CORDEIRO, esta orientação jurisprudencial tem vindo a ser consistentemente seguida pelos tribunais alemães com fundamento no recurso legítimo ao processo e aos tribunais do Estado por parte do requerente, o que deve inviabilizar a responsabilização assente na mera culpa e exigir um comportamento especialmente censurável ¹⁶².

Ao que parece, e ainda que o professor MENEZES CORDEIRO refira que “...a opção do BGH alemão surge inadequada, mesmo na sua área de jurisdição” ¹⁶³, terá, assim, sido esta orientação jurisprudencial restritiva a principal influência do legislador português de 2004 na escolha da solução do art.º 22º.

claramente negligente, limitou-se a recorrer a um meio processual que a ordem jurídica prevê e regula, cuja própria estrutura, contendo fase liminar, seria suficiente para que se averiguasse os pressupostos da falência. A tutela do devedor requerido seria assim assumida pelo próprio processo, através da sua conformação legal, pelo que o tribunal só condenaria o requerente se este tivesse actuado com dolo e contra os bons costumes, nos termos do § 826 do BGB (vd. PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de má-fé*, cit., p. 421 e 422).

¹⁶⁰ Como já acontecia com a anterior *Konkursordnung (KO)*, de 20 de Maio de 1898, não está prevista na actual *Insolvenzordnung (insO)*, de 5 de Outubro de 1994, a responsabilidade pelo pedido indevido de insolvência.

¹⁶¹ A doutrina alemã tem vindo reiteradamente a discordar desta orientação jurisprudencial restritiva, sustentando que a responsabilização do requerente pelo pedido injustificado de insolvência deveria seguir os moldes gerais do § 823 do BGB, bem mais amplo que o dispositivo do § 826 do BGB, pois tanto considera as actuações dolosas como as negligentes (segundo a tradução de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé*..., cit., p. 150, dispõe assim o § 823, I, do BGB: “Quem, com dolo ou negligência violar ilicitamente [...] a propriedade [...] fica obrigado a indemnizar...”). O destaque deve ir para KLAUS HOPT que propõe a ampliação do dever de indemnizar de modo a abranger a litigância infundada negligente, quando a propositura da acção repercuta danos significativos na esfera da parte demandada, o que poderá ocorrer, em particular, nos pedidos infundados de insolvência (vd. KLAUS HOPT, *Schadenersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung*..., cit., p. 236 e ss., *apud* PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má-fé*, cit., p. 404 e 422 e ss.). E mesmo a doutrina mais exigente quanto à constituição de deveres de indemnizar por comportamento processual ilícito, estando em causa processo de liquidação universal, propõe a extensão da responsabilidade ao menos às actuações gravemente negligentes (vd. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, p. 292 e ss., 303 e 304, *apud* PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 405 e 422 e ss., que defende que os deveres de cuidado da parte que recorre aos tribunais são intensificados na proporção da lesão que esse recurso pode provocar à contraparte).

¹⁶² Cfr. *Litigância de má-fé*..., cit., p. 228.

¹⁶³ *Op. cit.*, p. 229.

3. 2. Escopo da norma restritiva

I. Determinada a fonte inspiradora mais próxima do art.º 22º do CIRE, resta agora saber quais as razões que levaram a que se tivesse importado tal solução que, mesmo no seu espaço de origem, parece ser inadequada.

Nota-se imediatamente que a norma do art.º 22º é insuficiente e tremendamente injusta. Apesar disso, talvez o legislador a tenha escolhido com base em algum motivo fortemente atendível. É pois necessário descer mais fundo e indagar quais os móveis e os fins que eventualmente se visaram com o art.º 22º, para além, naturalmente, da perseguição dos requerentes mal-intencionados e da tutela dos lesados ¹⁶⁴.

II. Uma potencial explicação para a opção restritiva do art.º 22º poderá residir na adopção pelo legislador da concepção de que o processo falimentar instituído no CIRE garante, por si só, um nível adequado de protecção para o requerido ¹⁶⁵. Por conseguinte, não seria necessário estabelecer especiais deveres de cuidado sobre a parte activa do processo.

Esta hipótese pode bem ser sustentada com as mudanças que o CIRE introduziu na publicidade do processo insolvencial que é, talvez, a principal fonte de lesões pessoais e patrimoniais neste tipo de procedimento. Recorde-se, com JOSÉ VIEIRA DA CUNHA, que “O processo, até à declaração da insolvência, é estritamente limitado às partes nele intervenientes; a publicidade do processo ocorrerá apenas após a declaração da insolvência, o que constitui diferença assinalável com o passado, designadamente com o CPEREF.” ¹⁶⁶

Não temos dúvidas que este regime de publicidade, permitindo contribuir para reduzir os prejuízos que surgem com o conhecimento do pedido de insolvência por terceiros, merece apreciação positiva. E além da privacidade com que as coisas tendencialmente se passam até à declaração de insolvência, reconhece-se que a fase inicial do processo garante alguma protecção aos potenciais lesados, designadamente pela possibilidade do pedido infundado ser indeferido com base na actividade inquisitória do juiz (art.º 11º).

Contudo, mesmo tendo a fase inicial do processo ficado mais resguardada, isso não é garantia suficiente de que o requerido não sofrerá prejuízos de variada ordem logo que lhe

¹⁶⁴ Estamos agora a ponderar o elemento racional ou teleológico da interpretação jurídica com o objectivo de descortinar a *ratio legis* do preceito do art.º 22º, isto é, a razão de ser da norma, o seu fim ou objectivo prático (vd. A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 339, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Introdução ao estudo do direito*, 3ª ed., Universidade Católica Editora, 2009, p. 263 e 264).

¹⁶⁵ À imagem do entendimento que a jurisprudência alemã tem perfilhado para limitar a responsabilidade da parte processual activa nos casos de pedidos processuais infundados e potencialmente danosos, como é o pedido de insolvência, ao defender que a estrutura processual está concebida para garantir a protecção da parte requerida (Vd. *supra* II. 3. 1., p. 42 e 43).

¹⁶⁶ Cfr. “Apontamentos sobre a tramitação do novo processo de insolvência”, cit., p. 12.

seja aberto o processo de insolvência. Além disso, infelizmente, nada garante que o pedido infundado não possa conduzir à declaração judicial de insolvência. Temos, portanto, alguma dificuldade em aceitar que a responsabilização do requerente de insolvência em termos limitados possa ser validamente justificável com a estrutura actual do processo.

III. Como possível móbil para a escolha da norma restritiva do art.º 22º pode também ponderar-se se o legislador não terá sobrevalorizado o direito de abrir o processo falimentar, pelo menos ao ponto de não querer sancionar os pedidos infundados negligentes.

Com efeito, está aqui em causa o direito fundamental do requerente aceder ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva que é concretizado no direito de acção (art.º 20º/1 e 5 da CRP e art.º 2º do CPC). Se o requerente de insolvência fosse sancionado em termos demasiado amplos, poderia perigar o seu direito de acção que seria limitado.

Também não cremos, no entanto, que possa ser esta a principal explicação para o art.º 22º. É que se o legislador, ao garantir um amplo direito de acção falimentar, realmente tivesse tido a preocupação de não contrariar a CRP, designadamente o seu art.º 20º, certamente não se esqueceria de ponderar igualmente o direito de acção dos potenciais lesados pelo pedido infundado de insolvência e não lhes garantiria somente a possibilidade de agir em juízo, inclusivamente para reintegrar eventuais direitos fundamentais violados (direito ao bom nome, à imagem, etc.), quando o requerente tivesse agido com dolo ¹⁶⁷.

Conforme demonstra PEDRO DE ALBUQUERQUE, a situação referida caracteriza-se como “...uma espécie de pressão do direito de acção sobre si mesmo.” ¹⁶⁸ Efectivamente, “O reconhecimento mais amplo ou alargado de uma liberdade de actuação processual de uma das partes, em homenagem ao reconhecimento da faculdade ou liberdade de recurso aos tribunais, com compressão ou limitação do sistema geral de responsabilidade civil, envolverá sempre uma compressão ou redução do mesmíssimo direito do lesado de apelar para os tribunais.” ¹⁶⁹

A questão pode ainda ser vista de outro prisma, também ele contrário a que o legislador tenha escolhido a solução do art.º 22º por forma a garantir o direito de acção do requerente, que assenta na seguinte circunstância: estando o art.º 22º a regular a responsabilidade pelo pedido infundado, logo que fosse deduzido pedido de insolvência infundado, com falta de

¹⁶⁷ No acórdão do TRP de 22-04-2008, in *Cadernos de Direito Privado*, cit., p. 79, afirmou-se, contudo, que a interpretação do art.º 22º no sentido de se exigir o dolo para que os lesados possam responsabilizar o requerente de insolvência “...não padece, a nosso ver, de qualquer inconstitucionalidade, designadamente por violação do disposto no art.º 20º da CRP, relativo ao acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva.”

¹⁶⁸ Cfr. *Responsabilidade processual...*, cit., p. 121.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

requisitos legais, deixaria em concreto de haver direito de acção e passaria a haver uma acção ilícita ¹⁷⁰. A limitação às actuações dolosas não faria por isso qualquer sentido.

IV. Como é sabido, o desiderato de facilitar os requerimentos de insolvência, para que o processo executivo universal se inicie atempadamente e se torne mais profícuo, parece ter sido encarado pelo legislador como um dos principais objectivos do CIRE de 2004.

Desde logo, o preâmbulo ¹⁷¹ do diploma que aprovou o CIRE espelha bem essa preocupação: “uma das causas de insucesso de muitos processos de recuperação ou de falência residiu no seu tardio início, seja porque o devedor não era suficientemente penalizado pela não atempada apresentação, seja porque os credores são negligentes no requerimento de providências de recuperação ou de declaração de falência, por falta dos convenientes estímulos.” ¹⁷² Ademais, o dito objectivo tem tradução em vários dispositivos do CIRE, que funcionam como meios para atingir o fim de facilitar a abertura dos processos falimentares.

Ora, o art.º 22º aparenta estar em consonância com esses dispositivos que tendem a evitar o começo tardio do processo de insolvência, de modo a que as situações de penúria se não arrastem e impeçam qualquer hipótese de satisfação dos credores. Neste sentido, é válido concluir que o art.º 22º tem na sua base essencialmente o escopo de facilitar, ou melhor, de não dificultar a abertura do processo de insolvência.

Aprofundando esta hipótese, podemos ver que entre essas normas que, até certo ponto, partilham o escopo da norma do art.º 22º, estão as dos arts.º 18º e 19º, relativas ao dever de apresentação à insolvência, bem como as dos arts.º 186º/3/a) e 4 e 189º/2, relativas ao incidente de qualificação da insolvência ¹⁷³. Delas resulta que o devedor que incumpra o dever de apresentação no prazo de trinta dias pode sofrer duras consequências ¹⁷⁴, o que demonstra a preocupação de garantir o impulso inicial atempado do devedor.

A articulação com o art.º 22º é notória. Se o legislador tivesse optado por responsabilizar amplamente a apresentação indevida, o resultado seria que o devedor ou os seus representantes, com receio dessa responsabilização, adiariam a apresentação até terem absoluta certeza de estarem preenchidos os pressupostos da declaração de insolvência e

¹⁷⁰ Vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 182.

¹⁷¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, cit., p. 408, não obstante a clássica tripartição dos elementos interpretativos lógicos (sistemático, histórico e racional), cria uma nova categoria associada às “afirmações formalmente incluídas pelo legislador na própria fonte, sem todavia possuírem carácter vinculativo directo”, onde situa os preâmbulos das leis, essenciais para o esclarecimento das normas.

¹⁷² Vd. o ponto 13 do preâmbulo do D. L. n.º 53/2004, de 18 de Março.

¹⁷³ Uma das alterações que a Lei 16/2012, de 20 de Abril, introduziu no CIRE foi tornar o incidente de qualificação da insolvência facultativo. De todo o modo, havendo indícios de insolvência culposa, como acontece na hipótese de incumprimento do dever de apresentação pelo devedor ou seus administradores, deverá continuar a ser aberto (art.º 36º/1/ i) e art.º 186º/3/a)).

¹⁷⁴ Vd. *infra* II. 5. 2., p. 59.

violariam o dever de apresentação do art.º 18º - que, de resto, já parece ser frequentemente incumprido, atendendo ao prazo exíguo estabelecido para se proceder à apresentação ¹⁷⁵.

CARNEIRO DA FRADA considera mesmo que a restrição ao dolo, no caso concreto da apresentação indevida do devedor, é propositada. Salienta o autor que a conduta dos devedores é “...escrutinada para efeito de responsabilidade desde uma dupla perspectiva: ou porque eles não apresentam a sociedade à insolvência quando devem, ou porque a apresentam quando não devem.” ¹⁷⁶ Tal circunstancialismo legitimaria a ponderação de que um excesso de responsabilidade pela apresentação infundada “...poderia tolher o dever de apresentação à insolvência.” ¹⁷⁷

Mas há mais normas dirigidas para o incentivo de abrir o processo insolvencial atempadamente. Entre elas, a norma do art.º 20º preenche esse intento no caso dos credores. Como se sabe, nela consta um elenco de factos-índice que foi alvo de ampliação e aperfeiçoamento para se concretizar melhor o estado de insolvência definido no art.º 3º e assim favorecer o desencadeamento do processo ¹⁷⁸. O art.º 22º estaria também em consonância com o art.º 20º, pois a limitação da responsabilização ao pedido infundado doloso permite que a acentuada autonomia privada dos credores no processo de insolvência, mormente na sua abertura, não seja beliscada.

Particular destaque merece ainda a norma do art.º 98º, onde está previsto um privilégio creditório mobiliário geral para ressarcir o credor requerente das despesas com a promoção do processo. Tal benefício pode ser visto como um “prémio” ¹⁷⁹ pelo impulso processual ¹⁸⁰.

A este propósito, CATARINA SERRA pronunciou-se dizendo que “A intenção é boa, mas a verdade é que a medida pode fazer precipitar os credores em requerimentos de insolvência extemporâneos e sem fundamento.” ¹⁸¹ Ora, é precisamente porque com esta medida se pretende contribuir para que os credores requeiram a insolvência do devedor que o legislador poderá não ter contemplado os pedidos infundados negligentes no art.º 22º, pois isso poderia pôr em cheque aquele objectivo. Ter-se-á assim obviado, tal como nos outros casos acima referidos, a uma contradição intra-sistemática, dentro do CIRE.

¹⁷⁵ Vd. LUÍS M. MARTINS, *Processo de insolvência...*, cit., p. 113.

¹⁷⁶ Cfr. “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 665. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 231, não só defende que a limitação da responsabilidade do devedor apresentante ao dolo é propositada, como a considera adequada. Aliás, a interpretação sistemática e integrada que o autor faz do art.º 22º assenta justamente na distinção entre os casos de apresentação indevida do devedor – para os quais seria dirigida a norma restritiva do art.º 22º - e os casos de pedido infundado de outros legitimados – para os quais a responsabilização deveria ser mais ampla do que nos termos do art.º 22º (Vd. *infra* II. 5. 2., p. 59 a 61).

¹⁷⁷ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *ibidem*.

¹⁷⁸ Vd. o ponto 14 do preâmbulo do D.L. n.º 53/2004, de 18 de Março.

¹⁷⁹ Expressão utilizada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 220.

¹⁸⁰ PEDRO DE ALBUQUERQUE, “A declaração da situação de insolvência...”, cit., p. 776, considera incompreensível a concessão do privilégio ao credor requerente.

¹⁸¹ Cfr. *O novo regime português da insolvência...*, cit., p. 33.

Por fim, o desiderato de facilitar os pedidos de insolvência tem sido visto como a principal justificação para o regime do art.º 22º pela jurisprudência e por alguma doutrina.

Foi, de facto, a circunstância do art.º 22º estar em harmonia com o preâmbulo do D. L. n.º 53/2004, de 18 de Março, e em conexão com outras normas do CIRE, envolvidas no mesmo movimento de facilitar os pedidos de insolvência e tornar o processo mais eficaz, que levou os tribunais a considerar o art.º 22º uma solução lógica e adequada ¹⁸².

Na doutrina, PAULA COSTA E SILVA indica que a razão mais provável para a limitação ao dolo do art.º 22º é a “...intenção de saneamento integral do tecido empresarial nacional” que pode ser encontrada no CIRE ¹⁸³. Essa filosofia estaria relacionada com o “...adoçamento dos deveres de cuidado impostos a quem requer a insolvência...”, dado que tal constituiria um meio para ajudar à apresentação de requerimentos de insolvência ¹⁸⁴.

Do mesmo modo, LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA destacam que o legislador de 2004 procedeu à reformulação geral do instituto da insolvência com o intuito de “...agilizar a solução de situações cuja continuidade só pode ser fonte de inconvenientes, para os credores e para o tráfego em geral.” ¹⁸⁵ E que melhor forma de o conseguir do que através da mensagem do art.º 22º que, praticamente, diz aos interessados para abrirem o processo logo que queiram, que não serão responsabilizados?

V. Ainda que esta pareça ser a razão mais forte da configuração restritiva do art.º 22º, não podemos deixar de assinalar, com REQUICHA FERREIRA ¹⁸⁶, que a restrição ao dolo para facilitar os pedidos de insolvência e proceder ao saneamento do tecido empresarial não pode ser tida como um meio legítimo. Efectivamente, além das graves contradições sistemáticas que a valoração incita no art.º 22º veio trazer ¹⁸⁷, o próprio regime do CIRE não deveria conter aquele artigo, pois ele promove a arbitrariedade dos credores e deixa os devedores requeridos demasiado desprotegidos numa situação de grande impacto nas suas vidas.

¹⁸² Foi esta a apreciação do acórdão do TRP de 22-04-2008, in *Cadernos de Direito Privado*, cit., p. 77, no qual é dito que: “Se é certo que a possibilidade de responsabilização por dedução infundada de pedido de insolvência funciona como elemento dissuasor de requerimentos efectuados nesse sentido sem qualquer fundamento, não é menos verdade que a limitação dessa responsabilidade aos casos de dolo surge, salvo melhor entendimento, com o objectivo de tal não constituir um travão a que os credores desencadeiem o processo de insolvência, assim se obviando às antes habituais desvantagens do início tardio do processo falimentar.” Os acórdãos do TRG de 20-01-2011 e do TRL de 23-04-2013, ambos em www.dgsi.pt, vão também no sentido da adequação do art.º 22º e de o seu escopo ser o de não inibir o credor ou o próprio devedor de requerer a insolvência. Para o TRG, um regime que facilitasse a penalização do requerente de insolvência, por admitir a negligência, não resolveria o problema enunciado no ponto 13 do preâmbulo do D. L. n.º 53/2004, de 18 de Março.

¹⁸³ Cfr. *A litigância de má fé*, cit., p. 505.

¹⁸⁴ *Ibidem*, e, da mesma autora, “O abuso do direito de acção e o art.º 22º do CIRE”, cit., p. 160, onde, tal como fizemos, é ainda observada a articulação do disposto no art.º 22º com o dever de apresentação do art.º 18º.

¹⁸⁵ Cfr. *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 3º, p. 71.

¹⁸⁶ Vd. “Estado de insolvência”, cit., p. 351.

¹⁸⁷ Vd. *infra* II. 4.

4. O surgimento de contradições sistemáticas

I. A doutrina tem declarado a uma só voz que estamos em presença de um regime incompreensível e contraditório com importantes valorações do nosso sistema jurídico. Dediquemos, pois, algumas linhas a descrever as principais contradições sistemáticas que, à primeira vista, parecem resultar do art.º 22º ¹⁸⁸.

II. Em primeiro lugar, tendo os comportamentos tipificados no art.º 22º uma vincada natureza processual e radicado na dedução de pretensão infundada, temos por absolutamente notória e particularmente grave a contradição verificada no sistema português da responsabilidade processual civil, quando confrontado o art.º 22º com o art.º 542º do CPC de 2013 ¹⁸⁹. Neste dispositivo está instituído o regime geral da responsabilidade processual por litigância de má fé, que opera logo que um dos comportamentos tipificados nas als. a) a d) do seu n.º 2 seja levado a cabo com dolo ou negligência grosseira. Ora, um desses comportamentos coincide com a dedução de pretensão processual infundada (art.º 542º/2/a)).

O resultado chocante a que se chega pode ser observado de duas perspectivas: da perspectiva do requerente ímprobo, ele ficará sujeito a multa e indemnização à contraparte logo que deduza um pedido infundado com negligência grave num qualquer processo civil, declarativo ou executivo, mas quando deduza um pedido falimentar infundado com o mesmo grau de culpa sairá impune, apenas respondendo se ficar provado o dolo; da perspectiva do lesado, havendo negligência grave do requerente, poderá ser indemnizado pelos danos que a litigância de má fé lhe trazer na generalidade dos processos, mas no processo de insolvência apenas e só se o requerente impulsionou o processo com dolo será indemnizado ¹⁹⁰.

III. A estranheza perante o art.º 22º é confirmada quando observamos outros regimes especiais que, tal como ele, dizem respeito a comportamentos processuais ilícitos praticados em meios de elevada danosidade.

¹⁸⁸ Note-se que o art.º 9º/1 do CC reconhece expressamente a necessidade de atender ao elemento interpretativo sistemático, mormente à “unidade do sistema jurídico”. Ora, “na base do elemento sistemático está a ideia de que a ordem jurídica tem unidade e coerência jurídico-sistemática, pelo que a compreensão duma norma postula a cognição das normas afins ou paralelas” (cfr. A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 338).

¹⁸⁹ CPC aprovado pela Lei 41/2013, de 26 de Junho. Embora renumerado, manteve-se inalterado no art.º 542º o anterior regime do art.º 456º, na redacção do D. L. n.º 180/96, de 25 de Setembro, que vigorava no CPC de 1961 aquando da criação do art.º 22º do CIRE (vd. ABÍLIO NETO, *Novo código de processo civil anotado*, Ediforum, Lisboa, 2013, p. 195).

¹⁹⁰ Diz a este respeito LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, cit., p. 144, que estamos perante uma “contradição valorativa insustentável”, dado que o art.º 22º “...ao se referir a uma acção especialmente grave, que é o pedido de insolvência, estabeleceria uma menor responsabilização do seu autor do que o que é comum em acções de consequências bastante menos gravosas...” Igualmente PAULA COSTA E SILVA, “A liquidação da massa insolvente”, cit., p. 731, chama a atenção para o “desnível” do art.º 22º face ao art.º 456º do CPC de 1961.

Um desses regimes especiais está hoje sediado no art.º 374º/1 do CPC de 2013 ¹⁹¹ e concerne à responsabilidade do requerente de providência cautelar, que surge se a providência decretada vier a ser considerada injustificada ou vier a caducar por facto imputável ao requerente, sempre que este não tenha agido com a prudência normal. Em sede de composição provisória, o dever de indemnizar o requerido basta-se portanto com uma actuação que se desvie do padrão da prudência normal (art.º 487º/2 do CC), o que equivale a dizer que é suficiente a culpa simples.

Tendo em consideração que se trata de um meio processual especialmente perigoso para o requerido, que não tem as garantias de defesa que teria na acção principal, a imposição ao requerente de providência cautelar de deveres de cuidado simétricos aos que resultam da conjugação dos arts.º 483º e 487º do CC já estaria plenamente justificada. PAULA COSTA E SILVA avança, contudo, que o fundamento se prende com o grau de prova que é exigido por lei ao decisor de providência cautelar ¹⁹². Efectivamente, nesta sede regem os princípios da *sumaria cognitio*, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pelo que existe um risco acentuado de, após instrução diminuta, na qual será bastante apurar a probabilidade séria de existência do direito alegado, ser decretada uma providência injustificada e danosa.

O outro regime especial de responsabilidade por comportamento processual ilícito que costuma ser contraposto ao regime do art.º 22º é aquele que diz respeito à responsabilidade do exequente na acção executiva singular sem citação prévia do executado ¹⁹³. Este regime está hoje previsto no art.º 858º do CPC de 2013 ¹⁹⁴ e a sua aplicação continua a depender dos seguintes pressupostos: não ter havido citação prévia à penhora de bens do executado; ter procedido a oposição à execução; terem sido causados danos ao executado e não ter o exequente agido com a prudência normal.

À imagem do regime especial da composição provisória, este basta-se com a culpa simples do requerente e está plenamente justificado. PAULA COSTA E SILVA diz que a sua justificação se funda na especial periculosidade da execução sem citação prévia por confronto

¹⁹¹ Embora renumerado, manteve-se inalterado no art.º 374º/1 o anterior regime do art.º 390º, na redacção do D. L. n.º 180/96, de 25 de Setembro, que vigorava no CPC de 1961 aquando da criação do art.º 22º (vd. ABÍLIO NETO, *Novo código de processo civil anotado*, cit., p. 143).

¹⁹² Vd. *A litigância de má fé*, cit., p. 499.

¹⁹³ Vd. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 667, que salienta que a análise do art.º 22º deve ter em consideração o regime da responsabilidade do exequente.

¹⁹⁴ Não obstante o novo dispositivo não seja tão claro quanto ao seu alcance como era o art.º 819º do CPC de 1961 – aí introduzido pelo D. L. n.º 38/2003, de 8 de Março - que exigia, expressamente, entre os pressupostos para que pudesse ser aplicado, estar em causa execução sem citação prévia, cremos que o art.º 858º do CPC de 2013 continua a ser apenas aplicável no seio das execuções sem citação prévia do executado. A razão para este entendimento é simples: o art.º 858º do CPC de 2013 encontra-se sistematicamente inserido no capítulo que regula o novo processo sumário de execução, o qual parece ter uma estrutura que, em regra, não inclui a citação prévia à penhora (veja-se os arts.º 855º/3 e 856º/1 do CPC de 2013); além disso, no âmbito da dispensa da citação prévia em processo executivo ordinário, o novo art.º 727º/4 remete justamente para o regime de responsabilidade do art.º 858º, no caso de o juiz decretar a dispensa de citação prévia do executado.

com a execução em que a citação antecede a penhora ¹⁹⁵. Com efeito, ainda que a execução possa vir a revelar-se injustificada, a dispensa da citação prévia aumenta os riscos da execução impor ao executado restrições relativamente aos bens objecto da penhora, uma vez que este não beneficiará do contraditório e não poderá opor-se previamente à penhora.

A contraposição destes dois regimes especiais ao regime central da responsabilidade processual leva PAULA COSTA E SILVA a concluir que “...a lei incrementa os deveres de cuidado da parte processual activa sempre que a sua iniciativa processual pode reverter em grave dano para a parte passiva”, não sendo insensível às estruturas processuais que revelam especial periculosidade ¹⁹⁶. A única regra que escapa a esta racionalidade do sistema assente no grau de danosidade dos processos é, assim, o art.º 22º do CIRE ¹⁹⁷.

Repare-se que não há margem para duvidar que quer o tipo do art.º 22º quer os tipos especiais do CPC (arts.º 374º/1 e 858º) dizem respeito a estruturas processuais de risco. Cremos, contudo, que o procedimento falimentar tende mesmo a ser o mais perigoso.

Efectivamente, o simples pedido infundado de declaração de insolvência, como acto de impulso processual inicial, pode, por si só, uma vez conhecido por terceiros, causar prejuízos substanciais, principalmente ao devedor requerido, e independentemente da insolvência vir a ser judicialmente declarada ¹⁹⁸, o que é reconhecido pelo próprio art.º 22º, pois a responsabilização não depende da procedência do pedido infundado.

Tal circunstância não ocorre nem no requerimento de providência cautelar nem na execução sem citação prévia, o que é demonstrado pela configuração legal destes tipos, mormente pela responsabilização estatuída para estes requerimentos que depende do decretamento da providência cautelar ¹⁹⁹ ou da realização da penhora pelo agente de execução. Nestes casos, o legislador considerou que os danos não ocorrem com o mero requerimento, ainda que infundado ou injustificado, mas sim apenas com a procedência do que é pedido, só então se revelando a especial perigosidade destes meios.

No mínimo, sendo o requerimento de insolvência um meio processual tão perigoso, “...cujos efeitos na esfera do devedor podem ser incomensuráveis, esperar-se-ia que os

¹⁹⁵ Vd. *A litigância de má fé*, cit., p. 459.

¹⁹⁶ *Op. cit.*, p. 511 e 512.

¹⁹⁷ *Op. cit.*, p. 512.

¹⁹⁸ Claro que, quer no caso do devedor apresentante, em que normalmente a insolvência será declarada de forma quase imediata, quer no caso em que o requerimento infundado parte de outro legitimado e o juiz não indefere liminarmente o pedido nem dá razão ao devedor requerido que se tenha oposto, o processo seguirá inexoravelmente até à sentença de declaração da insolvência, o que se traduzirá necessariamente numa maior extensão dos danos sofridos, tal como se intentou demonstrar *supra* (vd. II. 2., p. 30 a 33).

¹⁹⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, *Código de processo civil anotado*, vol. II, Coimbra Editora, 2001, anotação art.º 390º, p. 59 e 60, afirmam que “a providência que logo inicialmente seja recusada, com ou sem audiência do requerido, está fora da previsão da norma, ainda que o tribunal verifique, para o efeito do art. 456, que o requerente actuou de má fé. De facto, a norma cuida apenas dos danos resultantes para o requerido da realização da providência, a qual pressupõe o seu decretamento.”

deveres de cuidado impostos ao requerente [da declaração de insolvência] fossem equivalentes àqueles que se impõem ao requerente de providência cautelar ou de execução fundada em título que determina a penhora prévia.”²⁰⁰

IV. As situações de desarmonia a que o art.º 22º parece conduzir não ficam por aqui. Para MENEZES LEITÃO é inaceitável “...que a lei possa consagrar uma responsabilidade limitada ao dolo por parte de quem decida mover infundadamente um pedido de declaração de insolvência, sabendo-se que no âmbito da responsabilidade civil a regra geral é que tanto se responde por dolo como por negligência (art.º 483º/1, CC)...”²⁰¹ E MENEZES CORDEIRO destaca que “Uma interpretação literal e imediata [do art.º 22º] descobrirá, aqui, um caso único, no Direito português, de uma responsabilidade civil assente, apenas, no dolo.”²⁰²

Verifica-se, de facto, que o confronto do art.º 22º com o regime geral da responsabilidade civil (art.º 483º/1 do CC) pode resultar noutra atentado contra o princípio da unidade do sistema jurídico da responsabilidade, já que este regime geral censura a generalidade das actuações ilícitas e culposas.

Ora, partindo do pressuposto que a responsabilidade civil aquiliana pode ter por fundamento actos ilícitos praticados nos processos, podendo ser aplicada na generalidade dos meios processuais independentemente de haver dolo ou apenas negligência simples, se o art.º 22º pretender limitar essa responsabilidade civil no âmbito do processo de insolvência ao dolo, a valoração incita na norma estaria em completa contradição com a do art.º 483º/1 do CC, já que estabeleceria uma protecção reduzidíssima para os lesados num meio perigoso por contraponto com a protecção civil garantida, em geral, nos outros processos.

Saliente-se que actualmente nenhum regime de responsabilidade civil ou processual civil restringe o seu funcionamento ao dolo, sendo normalmente bastante a actuação com culpa grave (art.º 542º do CPC) ou mesmo com culpa leve (arts.º 374º/1 e 858º do CPC e art.º 483º do CC). Em grande medida, costuma ponderar-se que exigir a prova de culpa dolosa num regime de Direito civil ou processual civil inviabilizará, normalmente, a sua aplicação²⁰³.

²⁰⁰ Cfr. PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, cit., p. 503, e, da mesma autora, “O abuso do direito de acção e o art.º 22º do CIRE”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Luís Carvalho Fernandes*, vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 158.

²⁰¹ Cfr. *Direito da insolvência*, cit., p. 144.

²⁰² Cfr. *Litigância de má-fé...*, cit., p. 227.

²⁰³ Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 50 e 51.

V. Passemos a enunciar a potencial contradição intra-sistemática que poderá surgir no próprio CIRE ²⁰⁴, por via do confronto entre o art.º 22º e o art.º 186º, relativo à declaração da insolvência culposa no incidente de qualificação.

Na verdade, resulta do art.º 186º/1 que a insolvência tanto pode ser qualificada culposa quando o devedor ou os seus administradores criem ou agravem a situação em consequência de actuação dolosa, como em consequência de actuação com culpa grave. Ademais, nos termos do art.º 186º/3/a), a existência de culpa grave presume-se quando o dever de requerer a insolvência no prazo de trinta dias (arts.º 18º e 19º) tenha sido incumprido, o que pode levar à aplicação de várias consequências civis (art.º 189º/2) ²⁰⁵, a destacar a obrigação de indemnizar os credores pelos danos causados (art.º 189º/2/e)) ²⁰⁶.

O art.º 22º pode assim determinar mais esta contradição, visto que se o devedor se apresenta indevida ou precipitadamente à insolvência só responderá pelos danos causados aos credores se tiver agido com dolo, mas se retardar a apresentação, com isso também agravando a sua situação e causando danos aos credores, já responderá por dolo e por culpa grave.

VI. Conforme veremos quando falarmos da possível responsabilização criminal que um requerimento indevido de insolvência poderá fundamentar ²⁰⁷, nos termos do art.º 228º/1/a) do CP ²⁰⁸ o devedor que se apresente indevidamente e com isso crie a sua insolvência efectiva poderá ser punido criminalmente logo que tenha agido com negligência grave.

Com PEDRO DE ALBUQUERQUE ²⁰⁹, entendemos que se este mesmo facto é considerado de tal forma grave pela lei criminal ao ponto de o erigir em tipo penal e não o é pelo legislador civil (no art.º 22º) quando tenham sido causados danos com a apresentação negligente, há uma clara contradição valorativa ²¹⁰. De facto, é particularmente estranho que no único campo do ordenamento jurídico onde em regra a responsabilização é reservada ao dolo (art.º 13º do CP) se incrimine, aparentemente, a apresentação indevida negligente que

²⁰⁴ Relativamente a esta contradição dentro do sistema falimentar do CIRE, veja-se a opinião de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao estudo do direito*, vol. I, 11ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 250, acerca da importância da sistematicidade de um código: “um código – em que, pela sua extensão, mais acentuadamente se fazem sentir as preocupações sistémicas – será tanto melhor, pelo menos formalmente, quanto mais ordenado for o encadeamento dos preceitos que o compõem.”

²⁰⁵ Vd. *infra* II. 5. 2., p. 59.

²⁰⁶ Está aqui em causa uma responsabilidade civil delitual (art.º 483º/1 do CC), pois é violada uma norma de protecção, o art.º 18º do CIRE, que intenta evitar o agravamento da situação e garantir o pagamento aos credores.

²⁰⁷ Vd. *infra* III. 4.

²⁰⁸ Código Penal aprovado pelo D. L. n.º 400/82, de 23 de Setembro.

²⁰⁹ Cfr. *Responsabilidade processual...*, cit., p. 154.

²¹⁰ Note-se que com base nesta grave contradição, o concreto comportamento de apresentar indevidamente a insolvência, que segundo veremos pode ser subsumido ao art.º 228º/1/a) do CP a título de negligência grave, deixaria inclusivamente de poder ser sujeito à correspondente punição, atento o art.º 31º/1 do CP, porque a ilicitude estaria excluída. De facto, se o legislador civil não considerou ilícita a apresentação indevida à insolvência com negligência grave (art.º 22º), então a nível penal também a não poderá considerar, ao contrário do que parece resultar do art.º 228º/1/a) do CP e da sua amplitude.

causa a insolvência real, mas no art.º 22º, o mesmo facto e o mesmo grau de culpa não mereçam qualquer censura.

VII. Por último, uma primeira análise do art.º 22º pode ainda sugerir uma grave discrepância com os vectores fundamentais do sistema, o que, no limite, poderá levar à sua inconstitucionalidade.

Basta pensar que os potenciais lesados pelo pedido infundado ou indevido de insolvência, a julgar pelo teor literal do art.º 22º, somente quando ficar demonstrado o dolo do requerente terão a possibilidade de solicitar a indemnização dos danos infligidos nos seus direitos fundamentais de personalidade e de propriedade. A tutela que a CRP reserva, designadamente, ao bom nome e à reputação, à imagem, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à propriedade privada (arts.º 26º/1 e 62º/1 da CRP), não se compadece com tal restrição imposta pelo legislador ordinário do CIRE (art.º 18º/2 da CRP) ²¹¹.

Aliás, uma interpretação imediatista do art.º 22º pode inclusivamente redundar numa dupla inconstitucionalidade, no sentido que, além da violação dos direitos consagrados nos arts.º 26º/1 e 62º/1 da CRP, poderia ser gravemente atingido o direito fundamental de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional (art.º 20º/1 da CRP), já que seria denegado aos lesados pelo pedido infundado sempre que o requerente falimentar não tivesse actuado dolosamente.

5. Potenciais soluções para harmonizar o controverso artigo 22º

É verdade que a mera interpretação literal do art.º 22º conduz a uma situação extremamente injusta e contraditória com valorações presentes no nosso sistema jurídico. Todavia, o sentido da norma parece claro e intencional, pelo que a restrição ao dolo e a exclusão da negligência não parecem poder ser postas em cheque. Haverá pois alguma forma de resolver esta situação?

Estamos convictos que sim. Para começar, embora o texto da lei pareça categórico, é unânime que o velho aforismo *in claris non fit interpretatio* está completamente ultrapassado e apenas serve aqueles que pretendem contentar-se com a letra da lei ²¹², de modo que não nos devemos bastar com a letra do art.º 22º e prosseguir a interpretação da norma em busca do seu

²¹¹ Neste sentido, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 107, 108 e 154. No sentido inverso, PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, cit., p. 508, propende para a conformidade do art.º 22º com a CRP, visto que o legislador ordinário não estaria obrigado a configurar especificamente o elemento subjectivo dos tipos de ilícito como forma de garantir a tutela dos direitos fundamentais.

²¹² Vd. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 238; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, cit., p. 391, e A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 323.

real sentido. Depois, como é sabido, a letra da lei, seja ela mais ou menos clara, é hoje tida como o elemento hermenêutico menos importante e aquele que raramente dispensa o recurso aos elementos interpretativos lógicos ²¹³, a cujo resultado se deve dar preferência, em homenagem ao espírito da lei, se conflitarem com o sentido literal ²¹⁴.

Em face do exposto, iremos analisar algumas soluções, maioritariamente interpretativas, que ultrapassam a mera literalidade da norma, para a enquadrar coerentemente no nosso sistema de responsabilidade e conferir maior justiça na hora de responsabilizar pelo pedido infundado de insolvência. Iniciaremos com a abordagem das posições puramente expansivas do art.º 22º e passaremos depois para as construções mais ambiciosas, onde se dá preferência à interpretação integrada da norma e a uma restrição do seu âmbito. Concluiremos com aquela que julgamos ser a melhor forma de tratar o art.º 22º.

Conforme veremos, descontado o mérito de todas as soluções, algumas parecem ser mais ajustadas do que outras, principalmente as que não modificam o sentido da norma através de um raciocínio forçado. Ademais, constata-se que é muito difícil alcançar uma resposta totalmente satisfatória considerando apenas uma delas, pelo que nos parece inevitável congregarmos esforços para alcançar o melhor tratamento possível do art.º 22º.

5. 1. Expansão do elemento subjectivo

I. A expansão do elemento subjectivo do art.º 22º foi primeiro tentada pelo professor MENEZES LEITÃO que, a par com a maioria da doutrina, defende não haver qualquer razão para que quem mova negligentemente um pedido de declaração de insolvência deixe de responder pelos prejuízos causados. Sustenta, então, o autor que a disposição do art.º 22º poderia ser analogicamente aplicável à negligência grosseira, com base no brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur* ^{215/216}.

Esta solução opera, pois, através da analogia entre a dedução dolosa e a dedução gravemente negligente do pedido de insolvência, validada pela equiparação histórica entre o

²¹³ Como se sabe, estão tripartidos em sistemático, histórico e teleológico (vd., designadamente, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 246 a 250). Ao longo da nossa dissertação, mormente em II. 3. 1., II. 3. 2. e II. 4., tentámos analisar o art.º 22º à luz dos elementos lógicos. Será, contudo, a partir de agora que se tentará proceder a uma articulação decisiva destes elementos, de modo a alcançar o melhor resultado interpretativo e a melhor solução para harmonizar o art.º 22º.

²¹⁴ Vd. A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 336. Do mesmo modo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, cit., p. 396 e 406, embora acentue que “a letra não é só o ponto de partida, é também um elemento irremovível de toda a interpretação”, funcionando o texto como limite na busca do espírito, observa que o próprio art.º 9º do CC, ao referir que a interpretação não deve limitar-se à letra da lei, mas reconstituir a partir desta o pensamento legislativo, reconhece a tensão entre a letra e o espírito e privilegia o espírito.

²¹⁵ Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 22º, p. 71, e *Direito da insolvência*, cit., p. 144.

²¹⁶ O brocardo é oriundo do Digesto (D., 11, 6, 1, 1). Pode também utilizar-se a variante *culpa lata dolus est*.

dolo e a culpa grave. Ora, do art.º 10º/1 e 2 do CC parece decorrer que apenas poderá haver recurso à analogia em caso de verdadeira lacuna. Restaria então saber se, sendo um caso diferente, o legislador pura e simplesmente não regulou o caso do pedido falimentar infundado negligente ou se, pelo contrário, quis afastar a sua relevância com a aparente consideração apenas do dolo.

Cremos, no entanto, que a validade desta solução pode passar pela consideração que a analogia não é apenas um método de integração de lacunas e que também se manifesta na interpretação jurídica, designadamente quando entre as situações observadas houver uma grande semelhança ²¹⁷. Além disso, atendendo à necessidade de enquadrar coerentemente o art.º 22º no nosso ordenamento jurídico, diga-se que para eliminar a contradição gerada com o regime geral da litigância de má fé esta solução parece ser suficiente, já que o elemento subjectivo ficaria ao mesmo nível.

O problema é que a patente desarmonia com o regime geral da responsabilidade civil e com os regimes especiais dos arts.º 374º/1 e 858º do CPC, que responsabilizam por culpa simples, não seria afastada. Nesse sentido, parte dos autores que estudaram esta problemática concordam com o passo proposto por MENEZES LEITÃO, mas consideram que é o “*minimum aceitável*” ²¹⁸.

II. Embora a simples interpretação extensiva da norma à negligência pareça estar fora de questão, pela falta de um mínimo de correspondência verbal entre esse pensamento legislativo e o texto da lei (art.º 9º/2 do CC) ²¹⁹, a extensão teleológica do preceito poderá, eventualmente, ser outro caminho metodológico viável para conseguir alastrar o art.º 22º para lá do dolo ²²⁰.

²¹⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, p. 411, defende que a analogia se manifesta na interpretação e que a semelhança da situação faz presumir que o regime jurídico também é semelhante.

²¹⁸ Cfr., principalmente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 230, e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., p. 157 e 158, que fala na “força expansiva do princípio existente desde os tempos do Digesto...” Contrariamente, CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 657, julga que a máxima histórica de equiparação da culpa grave ao dolo é um caminho metodologicamente inservível, pois “Os brocardos de direito romano, mesmo depois de devidamente escrutinados no conteúdo que apresentam, não têm valor normativo próprio, nem se pode ignorar, mediante a simples evocação do seu teor, o conteúdo expresso das normas.”

²¹⁹ Vd. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 658. Na jurisprudência, o TRC, em acórdão de 19-02-2013, www.dgsi.pt, defendeu, com base no art.º 9º/2 do CC, que a extensão do art.º 22º aos casos de negligência não tem acolhimento na lei, pois o legislador escreveu inequivocamente “apenas em caso de dolo” e não se pode ler aquilo que o legislador não quis consagrar.

²²⁰ Chamando concretamente a atenção para a hipótese da extensão teleológica do art.º 22º, vd. MANUEL REQUICHA FERREIRA, “Estado de insolvência”, cit., p. 355.

Conforme salienta SANTOS JUSTO, o art.º 9º/2 do CC estabelece a função negativa do elemento literal, mas pode suceder que já não estejamos no campo da interpretação, porque há um afastamento do sentido literal possível, e sim no da extensão ou redução teleológicas ²²¹.

De facto, enquanto a interpretação extensiva, associada a um resultado interpretativo em que há uma desarmonia entre o significado literal e o espírito ou significado real da lei, no sentido de o legislador ter dito menos do que queria dizer, devendo o intérprete estender o sentido literal até coincidir com a *mens legis*, se move ainda dentro dos significados literais possíveis, a extensão teleológica ocorre quando o teor literal da lei, sendo demasiado estrito, alarga o seu campo de aplicação, com base na imanente teleologia da norma, a casos literalmente não abrangidos ²²². Nesta hipótese há uma efectiva correcção da norma, transcendendo-se o limite do sentido literal possível e procedendo-se mesmo ao desenvolvimento do direito imanente à lei ²²³.

Ora, tendo em mente que a teleologia do exigente art.º 22º parece estar intimamente relacionada com a facilitação da abertura do processo de insolvência ²²⁴, a extensão teleológica da norma aos casos de negligência não poderia ser aceitável. Há contudo que notar que, normalmente, a *ratio legis* de uma norma revela a valoração ou ponderação de diversos interesses que se intenta disciplinar ²²⁵. E é neste ponto que talvez seja possível trazer à colação aquela que deverá ser, na verdade, a imanente teleologia da norma: o interesse de responsabilizar em termos adequados todos os que pedem uma insolvência sem justificação mínima, atendendo à reconhecida gravidade do procedimento falimentar. Neste sentido, o argumento literal da limitação expressa ao dolo poderia eventualmente ser ultrapassado pelo argumento teleológico que reclama, no mínimo, a extensão aos casos de culpa grave, nos quais o requerente falimentar revele temeridade ou leviandade. O sentido intrínseco do art.º 22º reclamaria assim a sua correcção e desenvolvimento, ultrapassando as barreiras do sentido literal possível ²²⁶.

²²¹ Vd. *Introdução...*, cit., p. 336.

²²² Vd. A. SANTOS JUSTO, *Op. cit.*, p. 341, 342 e 371.

²²³ Vd. A. SANTOS JUSTO, *Op. cit.*, p. 342 e 371. Contra este tipo de soluções está JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, cit., p. 396 e 427, pois entende que quando se chega a sentidos que não encontram no texto qualquer apoio se está a postergar a lei. Além disso, descrê dos autores que, depois de fixado o espírito da lei e terminada a interpretação, ainda defendem a possibilidade de restrição ou extensão da norma pela consideração das suas finalidades imanes.

²²⁴ Vd. *supra* II. 3. 2., p. 46 a 48.

²²⁵ Vd. A. SANTOS JUSTO, *Op. cit.*, p. 339.

²²⁶ Transcrevendo INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 236, “...em muitos casos é preciso sacrificar a letra para respeitar o espírito, porque só assim se cumpre verdadeiramente a lei.”

5. 2. Interpretação integrada da norma

I. Um segundo leque de soluções para lograr harmonizar o art.º 22º dentro da nossa ordem jurídica e garantir maior adequação e justiça na responsabilização pelo pedido falimentar infundado assenta na interpretação integrada ou sistemática da norma ²²⁷.

No caso do art.º 22º, a principal implicação de uma interpretação deste tipo será, porventura, a possibilidade de reduzir o alcance da norma, mormente da sua limitação excessiva ao dolo, graças à consideração de que ela, assumindo determinada natureza, se localizará num certo campo da nossa ordem jurídica e aí poderá ser coerentemente interpretada. Vejamos, então, como a limitação ao dolo poderá ter uma aplicação bem mais restrita do que a literalidade da norma fazia prever.

II. PEDRO DE ALBUQUERQUE assinala que a norma restritiva do art.º 22º terá necessariamente de ser entendida como reportando-se não à responsabilidade civil, mas sim, e apenas, à responsabilidade processual por litigância de má fé, como forma de evitar “...a respectiva inconstitucionalidade e uma gravíssima desarmonia com princípios básicos e os próprios alicerces do nosso direito privado e civil.” ²²⁸

Nesse sentido, o art.º 22º seria apenas uma “concretização específica do art.º 456º do CPC” ²²⁹, que serviria sobretudo para “...chamar a atenção, no caso particular do processo de insolvência, para a circunstância comum de deveres de natureza processual se fazerem sentir logo na fase inicial de interposição da acção ou mesmo na fase anterior a ela.” ²³⁰

Estaríamos, assim, perante um tipo especial de responsabilidade processual civil, pelo que o seu alcance ficaria limitado aos casos de violação de deveres processuais e de causação de danos dentro da órbita processual. Além disso, a indemnização seria concedida nos termos do art.º 457º do CPC ²³¹, o que parece implicar a perseguição de finalidades meramente compensatórias e não ressarcitórias como acontece nos arts.º 562º e ss. do CC ²³².

Este entendimento permite, de facto, afastar a inconstitucionalidade da norma e a desarmonia com o regime geral da responsabilidade civil, já que a norma do art.º 22º teria natureza distinta e operaria a outro nível, mas não parece permitir afastar a contradição gerada com o regime geral da responsabilidade processual civil e com os outros regimes especiais de

²²⁷ Acerca da relevância da sistematicidade na interpretação jurídica, vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, cit., p. 392, e A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 338.

²²⁸ Vd. *Responsabilidade processual...*, cit., p. 155 e 156.

²²⁹ Corresponde hoje ao art.º 542º do CPC de 2013.

²³⁰ *Op. cit.*, p. 157.

²³¹ Corresponde hoje ao art.º 543º do CPC de 2013.

²³² *Op. cit.*, p. 54 e ss. e 156.

responsabilidade por comportamento processual ilícito (arts.º 374º/1 e 858º do CPC) que, partilhando a mesma natureza, vão muito para além do dolo.

III. Outra interpretação sistemática do regime especial do art.º 22º foi avançada por MENEZES CORDEIRO ²³³ que opta por situá-lo ao nível da responsabilidade civil aquiliana e dar particular destaque ao seu pano de fundo mais próximo, isto é, ao sistema falimentar global instituído pelo CIRE.

De facto, o professor MENEZES CORDEIRO, com base no sistema falimentar, procede a uma distinção entre os casos de apresentação indevida do devedor e os de pedido infundado dos credores, baseada na circunstância de apenas o devedor, no prazo de trinta dias, a partir do momento em que conhece a sua situação de insolvência ou a partir do momento em que devesse conhecê-la, ter o dever jurídico de se apresentar (art.º 18º), sob pena de ser alvo de várias gravosas sanções de cariz civil ²³⁴ e até, eventualmente, criminal ²³⁵.

A norma do art.º 22º seria, então, um tipo especial de responsabilidade civil aquiliana instituído com o propósito de estabelecer uma exigência maior para a responsabilização do devedor em caso de apresentação indevida à insolvência, por contraposição com o caso de pedido infundado de outro legitimado, relativamente ao qual haverá responsabilização, não apenas em caso de dolo, mas também de mera culpa, nos termos gerais do art.º 483º do CC. O seu âmbito ficaria, portanto, circunscrito à responsabilização civil e a referência final ao dolo reportar-se-ia somente ao devedor e não aos outros legitimados.

²³³ Vd. *Litigância de má-fé...*, cit., p. 230 e 231.

²³⁴ As consequências civis estão associadas ao incidente de qualificação da insolvência (art.º 185º e ss.) que, não obstante ter deixado de ser aberto oficiosamente em todos os processos de insolvência, por via da alteração introduzida pela Lei 16/2012, de 20 de Abril, no art.º 36º/1/i), deverá continuar a ser aberto sempre que haja incumprimento do dever de apresentação, por tal situação constituir presunção de culpa grave dos administradores ou do devedor singular (art.º 186º/3/a) e 4). Ora, sendo a insolvência declarada culposa, por não ter sido ilidida a presunção de culpa grave e por ter sido demonstrado, nos termos do art.º 186º/1, que a situação de insolvência foi criada ou agravada em resultado do incumprimento do dever de apresentação, poderão ser aplicadas as seguintes sanções civis: inibição para a administração de patrimónios de terceiros e para o exercício do comércio por um período entre 2 a 10 anos (art.º 189º/2/b) e c)); perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou massa insolvente e restituição dos bens já recebidos em pagamento desses créditos (al. d)) e condenação a indemnizar os credores do devedor insolvente (al. e)).

²³⁵ Não tendo sido observado o dever de apresentação, por parte de um devedor que tem conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, caso a insolvência existente venha a ser declarada judicialmente – e independentemente de ter sido declarada culposa ou fortuita no processo falimentar (art.º 185º) – poderá o incumpridor ser punido criminalmente com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias, isto se não forem frustrados créditos laborais, caso em que as sanções poderão ser agravadas (arts.º 228º/1/b) e 229º - A do CP). Neste sentido, vd. PEDRO DE ALBUQUERQUE, “A declaração da situação de insolvência...”, cit., p. 782; CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência...*, cit., p. 31, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, cit., p. 138.

A coerência desta interpretação integrada e restritiva do art.º 22º é afirmada por alguns autores ²³⁶. Na verdade, uma apresentação indevida à insolvência pode ser desencadeada pela pressão que a obrigação de apresentação exerce sobre o devedor que está em dúvida quanto ao seu real estado económico-financeiro, pelo que a sua responsabilização para lá do dolo poderia ser injusta e até contraditória com o art.º 18º. Assim sendo, se é compreensível, quando se olha para o dever de apresentação e as possíveis consequências que o incumpridor pode sofrer ²³⁷, que a preocupação do legislador tenha sido, e bem, promover, numa primeira linha, o requerimento de insolvência do próprio devedor - este, melhor do que ninguém, poderá conhecer a sua situação de incapacidade económica e financeira desde o começo -, por outro lado, não é possível ignorar que a força da reacção legal perante a apresentação feita fora do prazo pode motivar o devedor a apresentar-se de forma precipitada ²³⁸.

A posição do professor MENEZES CORDEIRO, com a devida vénia, é, contudo, merecedora de crítica. Na verdade, além do regime do dever de apresentação, a distinção entre os requerentes falimentares não pode deixar de observar outros factores que, a nosso ver, fragilizam esta teoria que beneficia o devedor requerente em prejuízo dos demais legitimados.

²³⁶ Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, cit., p. 145, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade...”, cit., p. 665 e 666 e LÚIS M. MARTINS, *Processo de insolvência...*, cit., p. 39.

²³⁷ Este dever foi notoriamente revalorizado com a entrada em vigor do CIRE. E a sexta alteração ao diploma concursal, introduzida pela Lei 16/2012, de 20 de Abril, veio mesmo reforçar esse movimento, dado que o prazo para a apresentação foi encurtado de 60 para 30 dias (art.º 18º/1).

²³⁸ Relativamente ao dever de apresentação à insolvência, uma questão que se pode colocar com interesse para o tema em discussão é a de saber quando nasce exactamente esse dever: será logo que o devedor entenda que está numa situação de insolvência iminente ou apenas quando tem conhecimento de uma situação de insolvência actual? Consideramos este aspecto interessante pois a existir o dever jurídico de apresentação numa situação de insolvência iminente, inviabilizar-se-ia, praticamente, a aplicação do regime do art.º 22º ao devedor apresentante. De facto, se se arguisse a responsabilidade do apresentado indevidamente à insolvência, este, tendo o dever de apresentação e respectivas sanções gravosas a pressioná-lo logo que estivesse numa fase embrionária da insolvência, facilmente afastaria a aplicação do art.º 22º e a sua aparente exigência de actuação dolosa, através da alegação da existência, no seu entender, de uma probabilidade séria de vir a incorrer no futuro próximo em insolvência. Vejamos o que diz a doutrina. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 3º, p. 71 e 72, sustentam que o dever de apresentação surge logo com o conhecimento de uma situação de insolvência iminente, porque o art.º 3º/4 equipara a insolvência iminente à actual sem estabelecer qualquer excepção e o intuito legislativo da criação do CIRE foi “...agilizar a solução de situações cuja continuidade só pode ser fonte de inconvenientes, para os credores e para o tráfego em geral”, incluindo-se aqui a insolvência iminente. Já PEDRO DE ALBUQUERQUE, “A declaração da situação de insolvência...”, cit., p. 779, juntamente com a maioria dos autores, sustenta que, segundo o art.º 18º, o dever de apresentação à insolvência só surge com o conhecimento da situação de insolvência actual pelo devedor tal como descrita no art.º 3º/1, existindo na situação de insolvência iminente uma mera faculdade de apresentação. Entre os argumentos usados para defender que na insolvência iminente estamos simplesmente perante uma faculdade e não uma obrigação de apresentação, com os quais tendemos a concordar, encontra-se o de o devedor ter um conhecimento pessoal que o homem médio colocado na sua posição não tem, o que “...pode levá-lo a confiar mais na capacidade de recuperação da empresa e na possibilidade de evitar a insolvência...”, e o de, “...na maioria dos casos, [ser] muito complexo ao tribunal (precisamente porque lhe falta o referido conhecimento pessoal) aferir da situação de insolvência iminente para determinar a violação do dever de apresentação nessas situações” (cfr. MANUEL REQUICHA FERREIRA, “Estado de insolvência”, cit., p. 307). Para além do mais, a introdução, pela Lei 16/2012, de 20 de Abril, do novo Processo Especial de Revitalização (arts.º 17º-A e ss.), destinado a casos de situação económica difícil ou de insolvência iminente, é mais um argumento contra a obrigação de apresentação ao processo judicial de insolvência do devedor iminentemente insolvente.

Pensamos, particularmente, no peso substancial que a apresentação à insolvência do devedor reveste na fase inicial do procedimento, ao equivaler ao reconhecimento, ou mesmo, de certo modo, à confissão do seu estado de insolvência, o que pode levar o hipotético estado a ser declarado de forma quase imediata e automática (art.º 28º) ²³⁹.

Isto não ocorre com os requerimentos dos outros legitimados, designadamente dos credores. E acresce a esta circunstância que os credores não têm oportunidade, como o devedor tem no caso contrário, de se oporem ao seu requerimento, pelo que, normalmente, a falta de contraditório levará, inexoravelmente, à declaração da insolvência.

O devedor não pode, pois, razoavelmente, desconhecer que caso opte por se apresentar à insolvência esta será, em princípio, imediatamente declarada e os credores e outros interessados só poderão contestar a declaração solicitada depois desta ser proferida.

Em face do exposto, julgamos que não há justificação bastante para que mesmo o devedor ²⁴⁰ beneficie da responsabilização limitada ao dolo, devendo, pelo contrário, estar também ele sujeito a especiais deveres de cuidado, já que o seu requerimento precipitado e indevido pode, com grande probabilidade, levar o juiz a declarar a insolvência.

Note-se, além do mais, que a análise da coesão sintática do art.º 22º demonstra que o legislador não terá querido distinguir o devedor dos outros legitimados, mas sim aplicar a mesma restrição - errada é certo, mas a mesma - para ambos, pois colocou no final do dispositivo uma estrutura adversativa (“mas apenas em caso de dolo”) face às duas ordenações principais onde estão incluídas a apresentação indevida e o pedido infundado ²⁴¹.

IV. Merece ainda destaque a tese de CARNEIRO DA FRADA ²⁴². Nela, a norma do art.º 22º é também tida como um tipo especial de responsabilidade civil delitual. A grande diferença é que só estaria pensado para responsabilizar civilmente o requerente doloso perante terceiros afectados nos seus interesses patrimoniais puros ²⁴³.

²³⁹ O professor JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Pedido de declaração de insolvência”, cit., p. 14, embora considere que “É, evidentemente, de presumir que quem se apresenta à insolvência está efectivamente insolvente...”, indica que se trata de uma solução contrária a princípios processuais civis, designadamente ao princípio do inquisitório - que o art.º 11º consagra no processo de insolvência devido aos interesses públicos relevantes em jogo -, por parecer indicar a ideia de disponibilidade da insolvência pelo devedor e por impor decisões baseadas em comportamentos processuais do devedor. Chamando também a atenção para este facto, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência...*, cit., p. 102, diz que “O juiz não tem, assim, o poder de evitar a declaração de insolvência quando essa for a vontade do [devedor] apresentante, o que, no limite, pode conduzir a que seja declarada judicialmente uma insolvência que, na prática, não se verifica.”

²⁴⁰ Estamos a falar do devedor em termos amplos, incluindo o devedor singular titular de empresa e os devedores colectivos, relativamente aos quais o dever de apresentação recai sobre os administradores (art.º 19º).

²⁴¹ É um dos argumentos interpretativos que a jurisprudência tem valorado no caso do art.º 22º, para o poder aplicar indistintamente ao devedor ou aos credores (vd., o acórdão do TRL de 23-04-2013, www.dgsi.pt).

²⁴² Vd. “A responsabilidade...”, cit., p. 658 e ss.

²⁴³ Mormente o interesse do sócio ou do trabalhador na continuação, sem sobressalto, da actividade da sociedade indevidamente requerida.

Esta solução opera a partir de uma redução teleológica ²⁴⁴ do alcance sancionatório do art.º 22º e tem na base a preocupação louvável de permitir a intervenção de regimes mais generosos de responsabilidade para além do seu alcance teleologicamente reduzido ²⁴⁵.

Explicando o modo como procederia à referida redução teleológica, o autor refere que é necessário começar por ter em conta os sujeitos potencialmente envolvidos em torno de uma situação de responsabilidade por pedido infundado de insolvência – na sua opinião, pode aqui considerar-se a responsabilidade do credor perante outro credor ou face a qualquer terceiro, do credor face ao devedor e do devedor perante o credor – e, posteriormente, articular em simultâneo essa destrição relativamente aos sujeitos com a distinção entre a responsabilidade aquiliana e a responsabilidade contratual ²⁴⁶.

A redução teleológica do art.º 22º efectivar-se-ia, então, através da consideração de que a norma abarcará apenas as relações dos credores com outros credores e com terceiros, como sócios e trabalhadores da sociedade alvo do pedido de insolvência, nas quais não há particulares deveres de diligência e, em caso de pedido infundado de insolvência, previsivelmente surgirão prejuízos meramente económicos ²⁴⁷. O art.º 22º situar-se-ia, assim, exclusivamente no plano delitual, marcado pela fungibilidade tendencial dos sujeitos, e onde se justificam especiais requisitos de responsabilidade, podendo pois louvar-se a exigência do dolo ²⁴⁸. Defende o autor que, entendido com esse campo intencionado de aplicação, haverá conformidade sistemática com o carácter restritivo da tutela delitual dos interesses económicos puros, pois não existe uma protecção aquiliana geral deste tipo de interesses, mas em caso de dolo esses interesses são inquestionavelmente protegidos ²⁴⁹. Além disso, seria possível “...alargar a responsabilidade extracontratual a situações que em princípio não

²⁴⁴ Tal como vimos quando abordámos a hipótese da extensão teleológica do art.º 22º (vd. *supra* II. 5. 1., p. 56 e 57), estão aqui em causa construções metodológicas que valoram o sentido intrínseco ou a teleologia imanente da norma e, se se justificar, sacrificam completamente a letra da lei. No caso da redução teleológica, o âmbito de aplicação da norma reduz-se mais do que o limite do sentido literal permitiria, sendo os casos abrangidos pela letra excluídos com fundamento na imanente teleologia da norma e no princípio de justiça de tratar de forma desigual o que é desigual (vd. A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 372).

²⁴⁵ A solução proposta por CARNEIRO DA FRADA é perfilhada por RITA MOTA SOARES, “Sobre o pedido infundado de declaração de insolvência”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 32, Outubro-Dezembro, CEJUR, 2010, p. 85 e 86, pois o art.º 22º é reduzido “...aos limites que idealmente permitirão compatibilizar regimes e institutos, para lograr a cobertura de todas as actuações danosas.”

²⁴⁶ Vd. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade...”, cit., p. 659.

²⁴⁷ *Op. cit.*, p. 662. RITA MOTA SOARES, “Sobre o pedido infundado de declaração de insolvência”, cit., p. 85, reforça esta construção ao afirmar que “...não estando em causa a titularidade de um bem jurídico com tutela *erga omnes*, só ponderações específicas poderão legitimar o sacrifício de um sujeito relativamente ao outro.” Assim sucederá nas relações entre credores e entre credor requerente e terceiros, “...por não impender sobre algum deles qualquer obrigação de diligência face aos demais, donde, só o dolo terá a carga de reprovabilidade digna de desencadear a obrigação de indemnizar.”

²⁴⁸ *Op. cit.*, p. 659 e 660.

²⁴⁹ *Ibidem*.

seriam abarcáveis pelo regime geral do art.º 483º do CC”²⁵⁰, nomeadamente o sacrifício de bens puramente económicos de terceiros oriundo do pedido indevido de insolvência.

Já as outras hipóteses de responsabilidade, nas quais os sujeitos relevantes são o credor que causa danos com o pedido infundado ao devedor e o devedor que ocasiona danos com a apresentação indevida ao credor²⁵¹, estariam situadas no âmbito da responsabilidade civil contratual, caracterizada pela existência prévia de uma relação especial de crédito, onde existem deveres de protecção, mesmo para a defesa de interesses patrimoniais puros (como os da saúde das empresas e da continuação da actividade), e parâmetros mais rigorosos de apreciação da conduta (art.º 762º/2 do CC²⁵²)²⁵³. Deste modo, justificar-se-ia que o devedor e o credor pudessem responder reciprocamente por pedido infundado meramente culposos²⁵⁴.

Admitindo que esta é uma construção ambiciosa que permitiria cobrir todas as hipóteses de requerimento indevido de insolvência e proteger todos os intervenientes, não podemos deixar de referir que seria necessária uma profunda correcção da norma do art.º 22º para reduzir o seu alcance aos danos patrimoniais puros de credores e terceiros. É que parece claro que ela também visa sancionar, muito particularmente e ainda que de forma insuficiente, os prejuízos sofridos pelo devedor requerido.

5. 3. Solução adoptada

I. Expostas as principais teorias interpretativas do art.º 22º e da sua circunscrição ao dolo, é chegado o momento de escolhermos aquela que julgamos ser a melhor forma de “tratar” o dispositivo e encontrar a homogeneidade perdida no nosso sistema jurídico.

Numa aproximação às soluções integradoras do art.º 22º, entendemos que, num primeiro momento, será realmente importante saber qual é a natureza da norma do art.º 22º e, por conseguinte, o tipo de responsabilidade em causa. Mais concretamente, estaremos na presença de uma regra especial de responsabilidade civil, cujo regime geral resultaria do CC,

²⁵⁰ Vd. RITA MOTA SOARES, “Sobre o pedido infundado de declaração de insolvência”, cit., p. 89.

²⁵¹ Pode ainda considerar-se a responsabilidade do devedor perante os seus trabalhadores.

²⁵² “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.”

²⁵³ *Op. cit.*, p. 663. RITA MOTA SOARES, “Sobre o pedido infundado de declaração de insolvência”, cit., p. 85, concorda também com o recurso à doutrina dos deveres de protecção nos casos em que existe “ligação especial” entre lesado e lesante, já que permite o recuo das razões invocadas para a não ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros (entre as quais a “notoriedade social típica” possuída pelos direitos absolutos, que os torna mais fáceis de conhecer e respeitar e que não tem correspondência nos direitos patrimoniais *stricto sensu*) perante a exigência de uma protecção reforçada dos bens pessoais e patrimoniais da contraparte.

²⁵⁴ O autor estabelece no entanto a ressalva do dever de apresentação que recai sobre a maioria dos devedores, o que pode levar a considerar consequente a restrição da responsabilidade neste caso (*op. cit.*, p. 665 e 666).

ou antes de uma regra especial de responsabilidade processual civil, cujo regime geral resultaria do CPC ²⁵⁵?

A resolução desta questão é importante para compreender melhor a norma, nomeadamente a exacta extensão dos prejuízos e do grau de tutela visados, e, acima de tudo, para encontrar uma base de sustentação sólida para, posteriormente, defender um alargamento do elemento subjectivo valorado, através da consideração do seu regime geral.

Para agravar a situação, além do art.º 22º não concretizar o tipo de responsabilidade que os comportamentos ilícitos tipificados geram, dele resultando apenas a expressão “gera responsabilidade pelos prejuízos causados”, existem possíveis elos de ligação quer com a responsabilidade civil quer com a responsabilidade processual civil.

Vejam, no que concerne ao esquema de reacção o art.º 22º parece aproximar-se mais do regime geral da responsabilidade civil por actos ilícitos, já que a consequência jurídica prevista assenta na indemnização dos lesados. De facto, no regime processual da litigância de má fé a condenação em indemnização parece ter um papel secundário, sendo a aplicação de multa o principal efeito, dado que pode ser aplicada oficiosamente sempre que um dos comportamentos processuais tipificados lese bens jurídicos públicos, como a correcta administração da justiça.

Mas considerando que o regime de responsabilidade do art.º 22º contém um tipo especial de ilícito, a determinação da natureza da norma e do tipo de responsabilidade em causa deverá atender, em particular, à natureza dos ilícitos tipificados. Nesse sentido, parece haver uma clara aproximação ao regime geral da litigância de má fé, dado que os comportamentos ilícitos tipificados no art.º 22º (a dedução de pedido infundado de insolvência ou a apresentação indevida ao processo) constituem pretensões processuais infundadas ²⁵⁶. Essa aproximação é ainda mais flagrante quando verificamos que o concreto ilícito processual de deduzir pedido infundado está contemplado no art.º 542º/2/a) do CPC.

²⁵⁵ Parte-se do princípio que a responsabilidade civil e a responsabilidade processual civil são institutos de responsabilidade distintos e totalmente independentes entre si, por estarem em causa diferentes pressupostos de aplicação (como a culpa e a ilicitude próprias de cada um), regimes legais e finalidades. Como refere o professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 59, acerca da litigância de má fé, “Não se trata de uma manifestação de responsabilidade civil, que pretenda suprimir danos, ilícita e culposamente causados a outrem, através de actuações processuais.” Não se concorda, pois, com as conclusões de PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, cit., p. 612, 613 e 692, que apontam a existência de uma relação de especialidade entre o art.º 483º do CC e o art.º 456º (hoje 542º) do CPC e a partilha das mesmas finalidades, designadamente no que toca ao ressarcimento total de danos. Diga-se, todavia, que a autora parece partilhar a opinião que o STJ tem seguido em alguns acórdãos, onde sustenta que a responsabilidade por litigância de má fé é apenas uma espécie do género responsabilidade civil aplicada nos processos (vd., designadamente, o acórdão do STJ de 13-10-1993 [apenas sumário], www.dgsi.pt).

²⁵⁶ PAULA COSTA E SILVA, “A liquidação da massa insolvente”, cit., p. 731, não tem dúvidas que o art.º 22º “...prevê o dever de indemnizar por litigância de má fé uma vez que o comportamento ilícito, que desencadeia o dever de reparar danos, é um comportamento processual – a dedução de um pedido infundado.”

A técnica legislativa utilizada no art.º 22º parece fornecer mais um dado no sentido de estarmos perante um regime de responsabilidade processual civil. Com efeito, é notório o ponto de contacto com a litigância de má fé que consiste na descrição expressa das condutas desvaliosas que são alvo do juízo de ilicitude: quer no art.º 22º quer no art.º 542º/2 do CPC as estruturas legais procedem a uma tipificação clara das condutas processuais censuradas. Contrariamente, no regime geral da responsabilidade civil (art.º 483º/1 do CC) é usada uma técnica de qualificação que considera ilícito qualquer comportamento lesivo que revista as características previstas.

Há, ainda, um importante argumento de cariz histórico, que se prende com o facto de a última regra que entre nós regulou a responsabilidade do requerente de falência - instituída com o CPC de 1939 e mantida, como vimos, no CPC de 1961 até 1993 ²⁵⁷ - ter remetido expressamente para o regime geral da litigância de má fé.

Em face do exposto, alinhamos com a jurisprudência majoritária ²⁵⁸ e com os autores ²⁵⁹ que identificam no art.º 22º uma regra especial de responsabilidade processual civil ²⁶⁰. Efectivamente, embora o legislador se tenha cingido à culpa dolosa como forma de não dificultar os requerimentos falimentares ²⁶¹, parece-nos que a razão está do lado de PEDRO DE ALBUQUERQUE quando demonstra que também foram ponderados interesses processuais no art.º 22º, como “...a circunstância comum de deveres de natureza processual se fazerem sentir logo na fase inicial de interposição da acção [falimentar] ou mesmo na fase anterior a ela” ou a circunstância de ser precisamente nos processos de carácter urgente que a litigância de má fé assume maior gravidade “...do ponto de vista dos interesses da boa administração da justiça, por provocar perturbações aí onde se deseja que tudo se passe de modo mais rápido.” ²⁶²

²⁵⁷ Vd. *supra* I., p. 13 a 15, e II. 3. 1., p. 40.

²⁵⁸ Vd. os seguintes acórdãos: TRL de 20-04-2010, TRG de 20-01-2011, TRC de 15-05-2012, TRC de 11-12-2012 e TRL de 23-04-2013, todos em www.dgsi.pt. Não concordamos, porém, com estes arestos quando se afirma que havendo pedido infundado de insolvência deverá ser aplicado o regime especial do art.º 22º, que é menos lato porque abrange só o dolo, e não, também, o regime geral da litigância de má fé, mais lato, que abrange dolo e negligência grosseira (vd. *infra* III. 1.). Em sentido inverso, os acórdãos do TRC de 12-06-2012 e de 19-02-2013, www.dgsi.pt, sustentam que o art.º 22º alude à responsabilidade civil sediada no CC.

²⁵⁹ Na doutrina, embora a questão da natureza da norma responsabilizatória do art.º 22º não obtenha resposta unânime, pode verificar-se que LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 22º, p. 145, PAULA COSTA E SILVA, “A liquidação da massa insolvente”, cit., p. 731, e, muito particularmente, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., p. 155 a 157, consideram o art.º 22º um tipo especial de responsabilidade processual civil. Por outro lado, como já vimos, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 668, é um dos autores que responde à interrogação de saber se se deve qualificar a norma do art.º 22º como substantiva ou processual, dizendo que “À partida, o que está em causa no art.º 22º é uma dimensão substantiva...”

²⁶⁰ Contra esta conclusão não poderão ser usados argumentos interpretativos literais como o velho aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Com efeito, o art.º 22º não distingue o tipo de responsabilidade que os comportamentos tipificados geram, mas “onde a lei não distingue, podemos e devemos distinguir se a isso nos levar o espírito da lei” (cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, cit., p. 424).

²⁶¹ Vd. *supra* II. 3. 2., p. 46 a 48.

²⁶² Cfr. *Responsabilidade processual...*, cit., p. 157 e 158.

II. Com esta opção, grande parte das contradições valorativas que parecem surgir do art.º 22º ficam afastadas, visto que o seu âmbito fica delimitado. É, contudo, necessário agora harmonizá-lo dentro do seu sistema, o da responsabilidade processual civil, onde o regime geral pode ser accionado pela negligência grave (art.º 542º/2 do CPC) e os outros regimes especiais pela negligência simples (arts.º 374º/1 e 858º do CPC) ²⁶³. Naturalmente, que para isso suceder, terá de se proceder à sua extensão para lá do teor literal limitado ao dolo ²⁶⁴.

Ora, a forma mais eficaz e, quiçá, mais correcta para alargar o âmbito do art.º 22º em termos de grau de culpa seria, certamente, a sua modificação legislativa (de *jure constituindo*), mas o legislador, não obstante os apelos nesse sentido ²⁶⁵ e as alterações entretanto já sofridas pelo CIRE ²⁶⁶, deixou intacto o polémico regime do art.º 22º.

Estamos, ainda assim, convictos que o sentido intrínseco do art.º 22º permitirá ultrapassar a aparente intencionalidade restritiva do legislador. Para tal, assumimos uma posição objectivista actualista ²⁶⁷, onde pesam, sobretudo, argumentos sistemáticos e teleológicos.

Nesse sentido, julgamos que, embora o art.º 22º tenha permanecido intacto, a modificação recentemente sofrida pelo sistema falimentar não pode ser menosprezada ²⁶⁸. Com efeito, se a defesa da expansão da norma responsabilizatória do art.º 22º para lá do dolo não era tão facilmente sustentável no momento da criação do CIRE, pelas já referidas

²⁶³ Isso mesmo é exigido pelo princípio de justiça formal que exige paridade de tratamento para hipóteses semelhantes.

²⁶⁴ Seguimos, no fundo, um caminho semelhante ao percorrido por PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., p. 155 a 158, que, numa primeira fase, como vimos (*supra* II. 5. 2., p. 58), procede à interpretação integrada da norma, considerando que está em causa uma concretização específica do regime geral da responsabilidade processual civil, e, apenas numa segunda fase, recorre à extensão do elemento subjectivo como forma de garantir a lógica interna do sistema jurídico da responsabilidade processual civil.

²⁶⁵ Vd., na doutrina, PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, cit., p. 508 e 510; na jurisprudência, o acórdão do TRL de 23-04-2013, in www.dgsi.pt.

²⁶⁶ Vd. D. L. n.º 200/2004, de 18 de Agosto, D. L. n.º 76-A/2006, de 29 de Março, D. L. n.º 282/2007, de 7 de Agosto, D. L. n.º 116/2008, de 4 de Julho, D. L. n.º 185/2009, de 12 de Agosto, Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril e Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro.

²⁶⁷ Em termos de fins ou teorias da interpretação, como se sabe, as principais contraposições situam-se entre o subjectivismo e o objectivismo e entre o historicismo e o actualismo. No primeiro caso, distingue-se o sentido que o legislador quis dar à lei (a *mens* ou *voluntas legislatoris*) do sentido objectivo da lei (a *mens* ou *voluntas legis*). Numa posição próxima da assumida por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, cit., p. 401, entendemos que, mesmo que o intérprete não deva ignorar um propósito do legislador que tenha ficado perceptível na lei, se torna mais importante verificar o sentido que a fonte toma na ordem social do que o sentido pretendido pelo seu criador. Julgamos inclusivamente que o art.º 9º do CC, ao fazer referência ao “pensamento legislativo”, se aproxima mais do objectivismo. No que toca à segunda querela, enquanto o historicismo tende a reconstituir o sentido que a lei tinha no momento da sua elaboração, o actualismo procura determinar o sentido da lei no momento da sua interpretação ou aplicação (vd. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Introdução...*, cit., p. 257). Adoptamos o actualismo, pois o pensamento legislativo pode transformar-se se a modificação das circunstâncias o determinar. Ademais, o actualismo é hoje dominante e está consagrado no art.º 9º/1 do CC, que diz dever atender-se “às condições específicas do tempo em que [a lei] é aplicada.”

²⁶⁸ Atente-se que o elemento sistemático é particularmente relevante na interpretação actualista, pois a norma integra-se no ordenamento e este é susceptível de mudar de conteúdo. Assim, a norma toma objectivamente o sentido que lhe é dado por esse condicionalismo (vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, cit., p. 405, e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 267).

finalidades de agilizar a resolução das situações de insolvência e proceder ao saneamento do tecido empresarial, após a Lei 16/2012, de 20 de Abril, e o D. L. n.º 178/2012, de 3 de Agosto, ela fica mais facilitada. É que estes diplomas espelham a vontade de, sempre que possível, deixar o processo judicial de insolvência para segundo plano, privilegiando-se o recurso a procedimentos extrajudiciais (o SIREVE) ²⁶⁹ ou semi-judiciais (o PER) de recuperação, como forma de combater o aumento exponencial das insolvências ²⁷⁰. O circunstancialismo jurídico-social que esteve na origem do exigente art.º 22º não é hoje o mesmo e a motivação legislativa que esteve na sua génese parece ter sido, pelo menos, atenuada, pelo que, mais do que nunca, se justifica estender o regime em crise para lá da culpa dolosa: para lá daquilo que terá sido intenção expressa do legislador de 2004 como forma de não dificultar os mesmos pedidos que hoje quer evitar a todo o custo.

Com isto fica aberto o caminho para a extensão teleológica do art.º 22º, pelo menos à negligência grosseira. Efectivamente, a imanente teleologia (objectiva) da norma, ligada à responsabilização adequada do requerente falimentar, e o facto de o ordenamento falimentar ter evoluído o suficiente para deixar de fazer algum sentido a limitação ao dolo, sobrepor-se-ão à literalidade da norma e à aparente vontade psicológica e subjectiva do legislador de 2004.

²⁶⁹ Pense-se, ainda, no D. L. n.º 227/2012, de 25 de Outubro, que promove a prevenção e a regularização do incumprimento de contratos de crédito bancários, através do Plano de Acção para o Risco de Incumprimento e do Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento. De facto, este diploma é mais um meio que o legislador criou para evitar a todo o custo a via da insolvência.

²⁷⁰ Não obstante estas mudanças, reconhece-se, como vimos (*supra* II. 2., p. 33 a 35), que os credores continuam a ser livres de escolher aquele que consideram ser o melhor caminho para alcançar a satisfação dos seus créditos.

III. OUTRAS FORMAS DE REAGIR AO PEDIDO INFUNDADO DE INSOLVÊNCIA

Seja porque o art.º 22º, como norma especial de responsabilidade processual civil, não parece permitir um ressarcimento completo, seja porque só nos casos de dedução dolosa – ou, quanto muito, por via das apontadas soluções interpretativas, grosseiramente negligente – parece poder haver responsabilização do requerente, o regime especial de responsabilidade do CIRE não garante protecção adequada para os afectados pelo pedido falimentar infundado.

Assim sendo, tem sido equacionado se não será possível integrar os prejuízos e responsabilizar o requerente para lá dos termos restritivos do art.º 22º, directamente com base noutras disposições legais presentes no nosso ordenamento.

1. Aplicação do regime geral da litigância de má fé

I. Tendemos a concordar que o art.º 22º é uma regra especial de responsabilidade processual civil. Mas estando pensada apenas para os dois casos tipificados (a dedução de pedido infundado de insolvência ou a apresentação indevida à insolvência), cremos que o regime geral da litigância de má fé (arts.º 542º a 545º do CPC de 2013), sendo bem mais abrangente, continuará a poder ser aplicável no processo de insolvência ²⁷¹.

Afigura-se-nos, inclusivamente, que a relevância do regime geral da má fé processual no processo falimentar pode ser notada a três níveis: no dos comportamentos processuais ilícitos atendíveis, no da amplitude de censura exercível e no das consequências para o litigante improbo.

II. A maior abrangência do art.º 542º do CPC ao nível dos comportamentos ilícitos tipificados é inquestionável, prevendo o seu n.º 2: “Diz-se litigante de má-fé quem (...): a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.”

Interessa-nos, claro está, a responsabilidade pelo pedido infundado ou apresentação indevida à insolvência. Ora, sendo alegados factos falsos ou sendo usado o processo de

²⁷¹ Com o mesmo entendimento, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 232, e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., p. 156 e 157.

insolvência para atingir um objectivo ilegal ²⁷², não poderá o requerente ser responsabilizado nos termos gerais do regime da litigância de má fé? É manifesto que sim e que as previsões gerais das als. b) e d) do art.º 542º/2 do CPC terão aplicação no processo concursal.

Contudo, não sendo alterada a verdade dos factos, nem utilizado o processo de insolvência de forma manifestamente reprovável para atingir objectivo ilegal, parece certo que ainda podemos estar perante um pedido infundado de declaração de insolvência, designadamente por ter sido alegado um dos factos presuntivos do art.º 20º/1 mas, ainda assim, se comprovar a solvência do devedor. Cremos que este constituirá o único caso em que será de aplicar o regime específico do art.º 22º, em detrimento do tipo geral da al. a) do art.º 542º/2, já que é mais concretizador, ao referir-se exclusivamente ao impulso inicial falimentar e ao referir que se têm em vista os prejuízos do devedor e dos credores. De todo o modo, uma vez que tanto o requerente como o requerido podem apresentar no processo de insolvência várias pretensões cuja falta de fundamento não deveriam ignorar ²⁷³, mesmo a previsão geral de responsabilidade processual civil da al. a) do art.º 542º/2 continua a poder ser aplicável.

Por fim, não parece haver dúvida que também a previsão de má fé processual da al. c), relativa ao dever de cooperação, poderá ter utilização ao longo do processo de insolvência.

Nos termos expostos, cremos que o regime especial do art.º 22º concretiza apenas o tipo geral do art.º 542º/2/a) do CPC, pelo que relativamente às outras situações elencadas no art.º 542º/2 não haverá sobreposição e poderá haver aplicação subsidiária (art.º 17º do CIRE).

III. Como já se demonstrou, o actual regime processual civil considera a litigância de má fé em caso de dolo e de negligência grave (art.º 542º/2, primeira parte) ²⁷⁴. Assim sendo, a importância deste regime geral para responsabilizar o litigante desonesto de insolvência poderá advir, ainda, da maior amplitude de censura que permite exercer.

De facto, à imagem do que tem feito a jurisprudência, se considerarmos literalmente o art.º 22º, somente os impulsos dolosos de insolvência poderão ser sancionados. Ora, se *in caso* se identificar um uso manifestamente reprovável do processo de insolvência, ou se tiver sido apresentada uma versão deturpada ou omissa dos factos, em violação do dever de verdade ²⁷⁵, poder-se-ão preencher os tipos gerais (não concretizados no art.º 22º) das als. b) ou d) do art.º 542º/2, o que implicará a relevância dos impulsos gravemente negligentes.

²⁷² Para JOSÉ LEBRE DE FREITAS, MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, *Código de processo civil anotado*, cit., anotação art.º 456º, p. 196, “O autor visa, por exemplo, objectivo ilegal quando quer atingir, com a acção, uma finalidade não tutelada por lei, em vez da correspondente à função que lhe é própria...”

²⁷³ Pense-se, por exemplo, no pedido infundado de exoneração do passivo, deduzido pelo devedor singular.

²⁷⁴ Mercê da alteração do anterior art.º 456º/2 do CPC de 1961, introduzida pelo D. L. 329-A/95.

²⁷⁵ Vd. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, *Código de processo civil anotado*, cit., anotação art.º 456º, p. 195.

IV. Finalmente, ao nível das consequências para o requerente falimentar de má fé, o regime geral poderá ter utilidade já que não se limita a prever a obrigação de indemnizar o lesado pelos danos oriundos da má fé processual, impondo, ainda, a sua condenação em multa (art.º 542º/1 do CPC). Aliás, através da multa, o regime geral pode funcionar oficiosamente e não fica dependente dos danos e do pedido indemnizatório do lesado, como sucede no caso do art.º 22º.

2. Aplicação do regime geral da responsabilidade civil

I. De modo a que a situação do lesado seja devidamente reposta, com a perseguição de finalidades reintegradoras e indemnizatórias dos seus direitos e posições substantivas afectadas (arts.º 562º e 564º do CC), a aplicação do regime geral da responsabilidade civil nos processos falimentares parece indispensável. E torna-se ainda mais perene, quando identificamos, na regra especial do art.º 22º, um normativo limitado de responsabilidade processual civil e notamos que o critério da indemnização nesta sede não é a medida do dano do lesado, mas sim a conduta do requerente improprio (art.º 543º/2 do CPC de 2013) ²⁷⁶.

Repare-se que não haverá qualquer entrave em aplicar quer a responsabilidade processual civil, sediada no art.º 22º ou no regime geral do CPC, quer a responsabilidade civil, sediada no CC. De facto, como já salientámos ²⁷⁷, partilhamos da opinião que são institutos responsabilizatórios distintos (com diferentes pressupostos, regimes legais e finalidades) e entre os quais não existe nenhum antagonismo, podendo perfeitamente funcionar em separado ou em simultâneo, consoante as necessidades do caso e a vontade dos lesados.

Ora, aceitando-se a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil aos comportamentos processuais ilícitos, uma vez preenchidos os exigentes pressupostos do particular regime processual do art.º 22º, dificilmente não poderá aplicar-se, também, o regime geral do art.º 483º do CC. Tudo irá depender da extensão e do tipo de danos que é

²⁷⁶ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., p. 54 e 55, sublinha que “A finalidade visada pela indemnização existente em sede de litigância de má fé não é, destarte, ressarcitória, como sucede com a responsabilidade civil, mas sim meramente sancionatória [...] e compensatória.” Com efeito, embora o art.º 543º/1 do CPC estabeleça dois tipos de indemnização, uma mais completa que a outra – na al. a) só são indemnizados os danos emergentes directamente causados pela actuação de má fé; na al. b) são indemnizados todos os demais prejuízos sofridos em consequência, directa ou indirecta, da má fé –, o juiz optará sempre pela que julgue mais adequada à conduta do litigante e, mesmo optando pela da al. b), “não estão em causa todos os danos que a parte contrária possa ter sofrido em consequência do processo, mas apenas aqueles que, tendo-se produzido posteriormente a ela, são imputáveis à litigância de má fé” (cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, MONTALVÃO MACHADO E RUI PINTO, *Código de processo civil anotado*, cit., anotação art.º 457º, p. 200).

²⁷⁷ Vd. *supra* II. 5. 3., p. 64 e 65.

necessário integrar²⁷⁸. Particularmente, a compensação dos inúmeros danos morais advindos do pedido infundado de insolvência, designadamente para o crédito e o bom nome do devedor, aparenta ficar inteiramente dependente da aplicação do regime da responsabilidade civil (art.º 496º/1).

Por outro lado, quando os pressupostos do art.º 22º não estiverem verificados, nomeadamente o elevado grau de culpa exigido, reveste grande importância o regime da responsabilidade civil, já que poderá funcionar logo que haja mera culpa (art.º 483º/1 do CC).

II. Tal como PEDRO DE ALBUQUERQUE, julgamos que “...perante uma situação de responsabilidade civil por pedido infundado de insolvência valem as regras dos artigos 483º e seguintes do Código Civil ou as pertinentes à responsabilidade contratual se for o caso.”²⁷⁹

Com efeito, se tivermos em conta que entre os principais intervenientes numa situação de pedido indevido de insolvência, isto é, o devedor e os seus credores, existe uma relação especial de crédito e deveres de protecção que podem justificar a aplicação de critérios mais rigorosos de apreciação da conduta, mormente o que resulta do art.º 762º/2 do CC²⁸⁰, será possível apelar igualmente para o regime geral da responsabilidade civil contratual.

Neste caso, o lesado teria de demonstrar que a contraparte requereu a insolvência com violação do princípio da boa fé, mas poderia eventualmente beneficiar da presunção de culpa constante do art.º 799º do CC, principalmente se conseguir provar a relação contratual que os une e que, em certos casos, até pode envolver um pacto válido de não agir em juízo, de não requerer a insolvência.

3. O abuso do direito como resposta à acção disfuncional de insolvência

I. Dispõe assim o art.º 334º do CC, epigrafado “abuso do direito”: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.” É aqui que está sediado, entre nós, o instituto do abuso do direito e é aqui que, a nosso ver, o sujeito lesado pela acção abusiva ou disfuncional de insolvência pode também recorrer em certos casos.

²⁷⁸ Assegura o professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 192, que, embora o mesmo dano não possa ser várias vezes indemnizado, pode haver ressarcimento de um determinado tipo de dano, por exemplo, nos termos da litigância de má fé e, para além desse tipo, nos termos da responsabilidade civil por actos praticados no processo (*culpa in agendo*).

²⁷⁹ Cfr. “A declaração da situação de insolvência...”, cit., p. 793.

²⁸⁰ Vd. *supra* II. 5. 2., p. 63, a posição de CARNEIRO DA FRADA acerca da relevância do vínculo que une o devedor e os credores numa situação de pedido indevido de insolvência.

Como se sabe, o art.º 334º do CC encerra um conceito indeterminado e “remete para o sistema e para a Ciência do Direito, confiando, ao intérprete-aplicador, a tarefa do seu adensamento.”²⁸¹ Tal exercício tem vindo a ser plenamente efectuado, quer pelos tribunais quer pela doutrina, chegando-se hoje à conclusão que nem só para os direitos devem valer aqueles limites²⁸².

Ora, nos processos judiciais podem ser exercidas abusivamente as mais variadas posições jurídicas, sejam elas activas ou passivas. Mas no nosso caso, do requerimento indevido de insolvência, está claramente em jogo o exercício de um direito, o direito de acção judicial, e este está naturalmente sujeito à aplicação do instituto do abuso do direito²⁸³, pese embora seja um direito fundamental²⁸⁴. Por ser assim, sempre que o requerente de insolvência, embora actuando formalmente ao abrigo do seu direito fundamental de acção, infrinja algum dos limites associados ao instituto sancionatório do art.º 334º do CC, deverá sofrer todas as consequências que ao caso possam ser aplicadas.

II. Antes de prosseguirmos para a concretização das hipóteses mais comuns de processo falimentar abusivo ou disfuncional, é todavia imperioso esclarecer uma dúvida que tem que ver com a possível dispensabilidade do instituto do abuso do direito no processo, pela circunstância de as áreas reservadas à aplicação da litigância de má fé e da responsabilidade civil serem, eventualmente, bastantes para integrar a situação do lesado e sancionar o lesante.

Na verdade, a apontada dispensabilidade, ou mesmo a impossibilidade da sua aplicação no seio dos processos civis, já foi largamente defendida, mas hoje apenas dentro de certas construções é tida em conta²⁸⁵. Quanto a nós, seguindo de perto os preciosos ensinamentos dos professores MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE²⁸⁶, tais orientações não

²⁸¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito: estado das questões e prespectivas”, in *ARS Iudicandi, estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 129.

²⁸² Refere MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 172, que “ ‘Abuso do direito’ é, como temos repetido, uma mera designação tradicional, para o que se poderia dizer ‘exercício disfuncional de posições jurídicas’. Por isso, ele pode reportar-se ao exercício de quaisquer situações e não, apenas, ao de direitos subjectivos.”

²⁸³ Opinião partilhada por PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., p. 67 e 76 e ss., e por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 127.

²⁸⁴ Vd. o art.º 20º/1 e 5 da CRP e o art.º 2º do CPC.

²⁸⁵ PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, cit., p. 412 e 413, parece defender que o art.º 456º/2/d) do CPC de 1961 (hoje art.º 542º/2/d) do CPC de 2013) – relativo à litigância de má fé identificada com o uso manifestamente reprovável do processo – é a regra paralela à regra geral do art.º 334º do CC que substituirá o regime do abuso do direito no processo, já que afirma que as diversas conformações que o acto abusivo alcança ao abrigo do art.º 334º do CC são admitidas naquele regime de litigância de má fé. Diz ainda a autora que “...o instituto da litigância de má fé tem uma preocupação que ultrapassa aquela que preside ao mero abuso”, pois desencadeia a aplicação de uma pena civil (a multa) e a obrigação de indemnizar o lesado (*op. cit.*, p. 622).

²⁸⁶ Vd. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., p. 92 a 94 e 152, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 132, 133 e 191.

devem proceder, constituindo o abuso do direito uma mais-valia indispensável na tutela dos lesados pelo exercício desvirtuado do direito de acção judicial.

A razão de ser deste entendimento prende-se, fundamentalmente, com as diferenças constatáveis entre o abuso do direito e os outros institutos responsabilizatórios ²⁸⁷. De facto, enquanto a litigância de má fé e a responsabilidade civil por factos ilícitos pressupõem a culpa do agente, o abuso do direito está consagrado na sua vertente objectiva e funciona logo que haja violação de algum limite estabelecido no art.º 334º do CC. Além disso, não baliza as possíveis consequências a aplicar ao caso ²⁸⁸, pelo que é maior o leque de efeitos que dele se podem retirar ²⁸⁹.

Temos, pois, por assente que o abuso do direito não deve ter-se por redundante e, a par da responsabilidade civil e da litigância de má fé, pode ser aplicável no seio dos processos judiciais. Aliás, poderá haver casos que preencham os pressupostos de todos aqueles institutos, designadamente, quando haja uma acção abusiva - o que ocorrerá, entre outros casos, quando esta for intentada “...em grave desequilíbrio, de modo a provocar danos máximos a troco de vantagens mínimas” ²⁹⁰ -, intentada com um grau de culpa relevante – caso em que se poderia equacionar, entre os tipos de litigância de má fé, a aplicação da alínea d) do art.º 542º/2 do CPC de 2013 – e causadora de graves danos morais e patrimoniais - a reclamar o devido ressarcimento garantido pelo regime da responsabilidade civil.

²⁸⁷ A par das diferenças, como já se deixou antever pela apontada dispensabilidade com que, por vezes, é votada a aplicação do abuso do direito nos processos, há realmente alguns pontos de contacto com os institutos da litigância de má fé e da responsabilidade civil. Vejamos: com a responsabilidade civil, a dispensabilidade do abuso do direito é essencialmente relacionada com a matéria das consequências jurídicas, uma vez que um dos principais efeitos resultantes do acto abusivo é o dever de indemnizar, devendo, nesse caso, naturalmente, estar também preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil; com a litigância de má fé, poder-se-á apontar a desnecessidade do abuso pela circunstância de o caso comum de uso abusivo ou desvirtuado do processo já se encontrar, até certo ponto, tipificado no regime geral do art.º 542º/2/d) do CPC, de onde resulta que litiga de má fé quem “Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável...”

²⁸⁸ É unânime que as consequências jurídicas tanto poderão envolver a cessação do comportamento abusivo como a reparação dos danos infligidos. No entanto, no tocante à natureza do efeito do acto abusivo existem divergências. O art.º 334º do CC apenas refere que o exercício abusivo de um direito é ilegítimo. Para MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito...”, cit., p. 127 e 173, não está em causa a ilegitimidade, mas sim a ilicitude. Contrariamente, para JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O ‘abuso do direito’ e o art.º 334º do código civil: uma recepção transviada”, in *Sep. de estudos em homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. I, Coimbra Editora, Lisboa, 2006, p. 608, 611 e 618, a referência à ilegitimidade é acertada, pois, além do art.º 334º estar inserido na secção do CC relativa ao exercício dos direitos, trata-se de “...uma expressão vaga, que exprime um qualquer modo de adversidade ao Direito constituído”, o que, ao contrário da ilicitude, deixa a porta aberta a outros efeitos jurídicos.

²⁸⁹ Era com base nesta característica que o professor CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, vol. II, Associação Académica, Lisboa, 1980, p. 195, diferenciava o abuso do direito da responsabilidade civil, afirmando que “...o abuso do direito é mais que fonte de responsabilidade civil.” No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O ‘abuso do direito’...”, cit., p. 618, entende que o abuso do direito não pode ter como único efeito a sujeição a responsabilidade civil, pois isso não se ajustaria à grande diversidade de situações que caracterizam o abuso.

²⁹⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, cit., p. 131.

III. Nos processos de insolvência esta construção é especialmente importante, pois mesmo que estejamos perante um pedido minimamente fundado ²⁹¹, se for, por exemplo, absolutamente notória a finalidade de cobrança exclusiva do requerente ou se for manifesta a desproporcionalidade entre as vantagens e os prejuízos que advirão do processo, o lesado deverá poder apelar para o art.º 334º do CC e solicitar ao tribunal que aplique a consequência que se tenha por mais adequada (nomeadamente, o não seguimento do processo através da imposição da cessação do exercício abusivo do direito de acção em causa).

Além disso, a frequência demonstra que, não raras vezes, o credor escolhe abrir o processo de insolvência como estratégia processual para tentar obter mais rapidamente o pagamento dos seus créditos ²⁹². Efectivamente, o processo de insolvência é tendencialmente mais expedito do que o processo declarativo ou o processo executivo singular ²⁹³ e pode funcionar como meio de coacção ao pagamento ²⁹⁴. Ora, este exercício disfuncional do direito de acção falimentar - já para não falar dos possíveis casos de actos emulativos ²⁹⁵ ou chicaneiros, do desequilíbrio no exercício e do *venire contra factum proprium* -, remete-nos claramente para o princípio orientador do abuso do direito.

Recortando, assim, os casos de abuso do direito que no processo falimentar são configuráveis, temos: casos de disfuncionalidade no exercício do direito de acção falimentar, sempre que o requerente use o processo como estratégia de cobrança rápida de créditos (reconduzíveis ao art.º 334º do CC, pela violação do limite imposto pelo fim social ou económico do direito de acção falimentar ²⁹⁶); casos de processo “chicaneiro” de insolvência, sempre que o credor o use, fundamentalmente, para causar prejuízos ao requerido, por exemplo, para o afastar do mercado onde com ele concorre ou para se vingar por não ter sido

²⁹¹ O professor CASTRO MENDES, *op. cit.*, p. 194, identificava a acção abusiva precisamente àquela em que o “...autor tem razão, e no entanto age, não para a ver reconhecida, mas fazendo a acção desempenhar uma função diversa, designadamente a de prejudicar ou incomodar o réu.”

²⁹² No acórdão do TRC de 19-02-2013, www.dgsi.pt, ficou transparente a censurável estratégia da empresa requerente, ao justificar o recurso ao processo concursal com o facto de ser mais expedito que o processo executivo. Pretendia a empresa credora, apenas e só, ser paga o mais rapidamente possível.

²⁹³ Aos quais, por vezes, o credor deveria recorrer primeiramente, sobretudo quando não é certo se o devedor está efectivamente insolvente. Pensamos, particularmente, no caso dos credores detentores de créditos litigiosos. Na verdade, a não ser que fosse patente a situação de penúria generalizada do devedor, não seria descabido considerar que seria mais prudente começar por esclarecer a existência daqueles créditos controversos na acção declarativa, principalmente se a prova do crédito for difícil, por tal não se compadecer com a prova sumária efectuada no processo de insolvência.

²⁹⁴ Note-se que em França – país onde a figura do abuso do direito começou a ser identificada em casos concretos – a jurisprudência, desde cedo, associou o instituto do abuso do direito aos casos em que o requerimento de falência é usado para coagir o devedor ao pagamento (vd. ROGER HOUIN, “Faillites et règlements judiciaires”, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, tomo X, 1957, p. 1010).

²⁹⁵ A *aemulatio* é identificada com o “...exercício, sem utilidade para o seu titular, de um direito: com a intenção de prejudicar outrem” (vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito...”, cit., p. 131).

²⁹⁶ O fim ou função social deste direito de acção será, essencialmente, abrir um processo judicial onde todos os credores sejam chamados a concorrer por igual, dentro das diversas classes, ao património do devedor.

pago ²⁹⁷ (reconduzíveis ao art.º 334º do CC, pela ultrapassagem dos limites constituídos pela boa fé ²⁹⁸ e pelo fim social ou económico do direito); casos de desequilíbrio no exercício ²⁹⁹, sempre que as vantagens trazidas pelo processo falimentar sejam ínfimas, quando comparadas com a destruição económica e até moral que dele podem advir (reconduzíveis ao art.º 334º, essencialmente pelo desrespeito ao limite constituído pela boa fé, aqui concretizado no princípio da materialidade subjacente ³⁰⁰) e casos de *venire contra factum proprium* ³⁰¹, quando a acção tenha sido intentada “...contra a confiança previamente instilada...” (reconduzíveis novamente ao art.º 334º, pelo desrespeito ao limite constituído pela boa fé, agora concretizado no princípio da tutela da confiança) ³⁰².

Para além da frágil tutela do art.º 22º e dos dispositivos gerais de responsabilidade civil e processual civil, é pois desejável que o sujeito, vilmente atingido pela estratégia processual de um legitimado (formalmente, mas não materialmente) a recorrer à acção falimentar, possa abrigar-se na extensa capa que o abuso do direito corporiza. Trata-se de um instituto que, como se viu, pode acolher boa parte dos casos configuráveis de pedido indevido de insolvência e permite dar uma resposta mais eficaz, ao garantir que o lesado vê a sua situação devidamente reposta, com a cessação do comportamento abusivo e a reparação dos danos infligidos.

4. Responsabilização criminal

I. Vejamos, agora, se o requerente de insolvência indevida, para além das consequências jurídicas de natureza civil e processual civil, pode ainda ser criminalmente responsabilizado.

²⁹⁷ Reforce-se que este tipo de casos, por envolverem um grau elevado de culpa e a causação de graves danos no requerido, podem preencher os pressupostos de todos os institutos responsabilizatórios ao alcance do lesado (desde o art.º 22º do CIRE até ao abuso do direito, passando pela litigância de má fé e pela responsabilidade civil). A afirmação de estar também em causa uma hipótese de abuso do direito é relevante pelas especificidades garantidas por este instituto, nomeadamente em termos de efeitos jurídicos a aplicar.

²⁹⁸ Com efeito, dentro do desrespeito do limite da boa fé incluem-se os “actos chicaneiros”, que dizem respeito à relação processual onde uma das partes intenta prejudicar a outra. Essa intenção, contudo, não precisa de ser exclusiva, pois “Na maioria dos casos há simultaneamente um interesse próprio e o fim de prejudicar titular alheio” (vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O ‘abuso do direito’...”, cit., p. 621, 622 e 625 e ss.).

²⁹⁹ No acórdão do TRP de 11-04-2005, in *Colectânea de jurisprudência*, cit., p. 182 a 185, ainda que a insolvência tenha sido requerida pelo MP, a nosso ver, estamos perante um caso de desequilíbrio no exercício, pela grave desproporção entre o benefício pretendido (a cobrança de uma dívida de custas judiciais de diminuto valor) e o sacrifício que previsivelmente seria imposto. Usando uma expressão introduzida com felicidade neste acórdão, “usa-se um canhão para atirar a pardais”.

³⁰⁰ Vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito...”, cit., p. 155.

³⁰¹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 666, considera a hipótese do *venire* na dedução de pedido infundado de insolvência, designadamente quando tenha havido da parte do credor requerente a concessão de uma moratória.

³⁰² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé...*, p. 131, e “Do abuso do direito...”, p. 144 a 146.

Conforme demonstrámos, no nosso Direito pretérito tem-se estabelecido a responsabilização pela insolvência indevida. O que não destacámos, na altura, foi o facto de várias das disposições onde se estabeleceu aquela responsabilização fazerem referência à possível responsabilização criminal. De facto, a partir do Código Comercial de 1888 e até à entrada em vigor do CPEREF de 1993, fez-se sempre menção à acção criminal que, independentemente da responsabilização prevista, o requerimento indevido de falência poderia originar ³⁰³. Aliás, mesmo o art.º 1166º do Código Comercial de 1833 já falava no “autor da injúria”.

Hodiernamente, o art.º 22º do CIRE não faz qualquer menção à acção criminal. Julgamos, contudo, que esta diferença é compreensível. Antigamente, a imagem que o pedido falimentar revestia era a de uma acusação de falido ou de falência e isso era particularmente grave dado que a acusação era dirigida a comerciantes e não era identificada apenas com um conceito suave, puramente económico, mas sim, sobretudo, com uma noção social que tinha implícita a culpa e a inabilidade do devedor ³⁰⁴. Perante um pedido infundado de falência, até certo ponto, poderia então pensar-se numa acção caluniosa ³⁰⁵. Ora, hoje em dia, o recurso à acção criminal, seja através do crime de denúncia caluniosa (art.º 365º do CP), seja – até com maior propriedade - através dos crimes particulares de difamação (art.º 180º do CP) ou de injúria (art.º 181º do CP), parece mais difícil de conceber, uma vez que, embora possam ocorrer graves danos pessoais com o pedido infundado de insolvência, já não estamos perante uma imputação de factos tão grave como a correspondente à antiga acusação de falido e já não é tão claro o atentado contra a honra ou a dignidade do visado.

II. Nos termos expostos, poderíamos afirmar que actualmente o pedido falimentar indevido ou infundado não tem relevância criminal. Todavia, se bem atentarmos no art.º 228º do CP ³⁰⁶, a dúvida instala-se. É que este tipo criminal, inserido no capítulo IV relativo aos crimes contra direitos patrimoniais, prevê o crime de “insolvência negligente” e parece permitir a subsunção de alguns pedidos indevidos de insolvência. Com efeito, diz assim o art.º 228º/1: “O devedor que: a) Por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas

³⁰³ Vd. o art.º 699º, § 2º, do Código Comercial de 1888, o art.º 5º, § 2º, do Código de Falências de 1899 (mantido no art.º 187º, § 2º, do Código de Processo Comercial de 1905) e o art.º 1152º do CPC de 1939 (mantido no art.º 1188º do CPC de 1961).

³⁰⁴ Vd. EDUARDO D’ALMEIDA SALDANHA, *Das fallencias*, Imprensa Portuguesa, Porto, 1897, p. 68, onde é sublinhada a repugnância que a falência envolvia: “No continente [Europa Continental], a fallencia tem ainda o carácter de severidade; o simples nome de fallencia sugere a ideia do descredito, de culpa ou fraude...”

³⁰⁵ Assim procedia BARBOSA DE MAGALHÃES, *Codigo de fallencias anotado*, cit., p. 47, ao relacionar o pedido indevido de falência com o “...crime de participação ou denunciação calumniosa.” e LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao código comercial português*, cit., p. 494, ao referir que o credor que requeresse a falência com dolo ou má-fé deveria ser sujeito “...á acção criminal por difamação ou denúncia caluniosa.”

³⁰⁶ Foi alterado pelo art.º 2º do D. L. n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE.

manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência no exercício da sua actividade, criar um estado de insolvência; ou b) Tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação; é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente, com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.”³⁰⁷

Como facilmente constatamos, este tipo de crime está pensado para os devedores que, por via de algum dos factos nele indicados, criem a sua própria insolvência. Observando com mais detalhe, vemos ainda que alguns dos factos tipificados parecem reportar-se especificamente a devedores comerciantes, nomeadamente os correspondentes à última secção da al. a) (o devedor que por “...grave negligência no exercício da sua actividade...” e à al. b) (o devedor que “Tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa...”)³⁰⁸, e que se pensa também nos devedores pessoas colectivas, pois o n.º 2 do art.º 228º preocupa-se em punir os administradores (arts.º 227º/3 e 12º do CP).

Assim sendo, a primeira conclusão a que se chega é que a responsabilização criminal do pedido infundado de insolvência deduzido por outro legitimado que não o devedor está praticamente afastada. De facto, além dessa responsabilização não ser fácil através dos crimes de difamação ou de injúria³⁰⁹, o princípio da legalidade, na sua vertente *nullum crimen sine lege* (art.º 1º/1 do CP), parece erguer uma barreira intransponível, já que o nosso ordenamento jurídico-penal não contém nenhum tipo criminal que abarque essa factualidade.

Fica a restar saber se a apresentação indevida à insolvência do devedor poderá ser alvo de censura criminal. E, neste momento, a resposta deverá ser claramente positiva, por via da primeira e da última previsão do art.º 228º/1/a) do CP (o devedor que “Por grave incúria ou imprudência [...] ou grave negligência no exercício da sua actividade, criar um estado de insolvência...”). Na verdade, o acto de apresentar indevida ou precipitadamente a insolvência, por parte de um devedor (ou dos seus administradores) que está solvente, pode perfeitamente causar a sua insolvência efectiva, pelos efeitos devastadores que derivam do conhecimento do processo. Como tal, se a apresentação indevida for realizada com dolo ou com negligência grave e a insolvência, daí resultante³¹⁰, for judicialmente reconhecida, o devedor ou os seus administradores poderão ser punidos, inclusivamente com pena de prisão.

³⁰⁷ Com base no art.º 229º - A do CP, introduzido pelo art.º 3º do referido D. L. n.º 53/2004, as penas previstas no art.º 228º do CP podem ser agravadas se resultarem frustrados créditos de natureza laboral.

³⁰⁸ Com esta opinião, JOAQUIM MALAFAIA, “A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do código penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11º, n.º 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 239.

³⁰⁹ Havendo ofensa à credibilidade ou prestígio de pessoa colectiva, talvez se possa aplicar o crime do art.º 187º.

³¹⁰ Como expressamente se prevê no art.º 228º/1 do CP, o estado de insolvência tem mesmo de ser uma consequência directa do comportamento do devedor para que este possa ser punido criminalmente (resultado típico). Assim, se a causa do estado de penúria for outra, que não, por exemplo, a sua apresentação indevida à insolvência, não poderá haver responsabilização criminal.

A dúvida prende-se, unicamente, em saber a qual das citadas previsões da al. a) deverá, com maior propriedade, ser conduzida a apresentação indevida à insolvência do devedor. Ora, se por um lado, a última previsão tem uma boa amplitude de censura, mas se cinge aos devedores com actividade comercial ³¹¹, por outro, a primeira previsão parece poder ser mais exigente em termos de grau de culpa, mas não se limita aos devedores comerciantes. Na realidade, enquanto a última previsão se refere, expressamente, à negligência grave, a primeira não o faz, pelo que, nos termos do art.º 13º do CP, poderá questionar-se se ela não estará pensada para os comportamentos dolosos do devedor ³¹². Desse modo, afigura-se-nos que se o devedor criar o estado de insolvência ao apresentar-se dolosamente, o caso poderá recair na primeira previsão da al. a) do art.º 228º/1 do CP ³¹³. Já se o criar apresentando-se com negligência grave, o caso recairá, seguramente, na última previsão da al. a), principalmente se o devedor for comerciante ³¹⁴.

III. Resta dizer que o bem jurídico tutelado pelo art.º 228º do CP não é o património do próprio devedor que, por via da sua actuação censurável, passa a integrar uma massa insolvente, mas sim os direitos de crédito que sobre esse património afectado recaem ³¹⁵. Ora, esses mesmos direitos patrimoniais de crédito, sejam eles de fornecedores, de trabalhadores ou de outros credores do devedor apresentante, parecem permitir fundamentar a criminalização da apresentação gravemente negligente e causadora da insolvência, mas já não parecem ser suficientemente importantes para fundamentar a responsabilização do pedido e da apresentação gravemente negligente a outros níveis, o que é inaceitável ³¹⁶.

³¹¹ JOAQUIM MALAFAIA, “A insolvência...”, cit., p. 239, sublinha que esta previsão abrange toda a actuação do devedor, “...desde que consista em grave negligência no exercício da sua actividade de comerciante.”

³¹² É certo que esta não é a interpretação mais óbvia do art.º 228º/1 do CP, epigrafiado “Insolvência negligente”, principalmente tendo em conta que o legislador consagrou o crime de insolvência dolosa no art.º 227º do CP, mas a distinção entre os dois artigos parece clara: enquanto o art.º 227º se cinge, expressamente, aos casos em que o devedor tem intenção de prejudicar os credores, o art.º 228º basta-se-á com a intenção de criar o estado de insolvência. Além disso, a doutrina que estudou o tipo criminal do art.º 228º parece igualmente defender que a incriminação, exclusivamente a título de negligência, só está pensada para a última previsão da al. a) do art.º 228º/1 (vd. MARIA FERNANDA PALMA, “Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVI, n.º 2, Lex, Lisboa, 1995, p. 410, que refere que “...a grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas e as especulações ruinosas constituem modalidades sociais (objectivamente identificáveis) de conduta empresarial que não impedem que o elemento subjectivo do tipo seja, por exemplo, o dolo eventual (ou necessário) quanto à criação do estado de insolvência”).

³¹³ Caso contrário, atendendo a que o art.º 227º não tipifica este caso concreto de insolvência dolosa e o art.º 228º/1 o parece acolher na modalidade de insolvência negligente, poder-se-ia gerar uma “lacuna de tipicidade” (cfr. MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 409).

³¹⁴ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual...*, cit., p. 154, observa a relevância criminal da apresentação indevida do devedor que não estava insolvente, mas que, por via daquela actuação, acaba por se precipitar num estado de penúria, e reconhece que a responsabilização é possível logo que haja negligência grave, pelo que cremos que o autor se reporta concretamente à última descrição típica do art.º 228º/1/a) do CP.

³¹⁵ MARIA FERNANDA PALMA, “Aspectos penais...”, cit., p. 402, vai mesmo ao ponto de considerar que a realidade tutelável pelos crimes de insolvência “...é a economia de crédito ou até a economia em geral.”

³¹⁶ Recorde-se a contrariedade existente entre o art.º 228º/1/a) do CP e o art.º 22º do CIRE (*supra* II. 4., p. 53).

IV. EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA INSOLVÊNCIA INJUSTIFICADA

I. É chegado o momento de saber como deve o lesado pelo pedido falimentar indevido exercer o seu direito à indemnização. Em particular, será que o deve exercer no próprio processo de insolvência ou através de acção independente?

Olhando para o CIRE, deparamo-nos com uma omissão legislativa. O art.º 22º não aponta em que circunstâncias deve ser efectuada a responsabilização do requerente, nada dizendo sobre a forma ou o momento em que deverá ser feito o pedido indemnizatório.

A resolução desta questão poderá, então, passar pela consideração da disciplina geral dos arts.º 542º e 543º do CPC de 2013, quer porque, por via do art.º 17º do CIRE, as regras processuais civis são aplicáveis no processo falimentar em tudo o que não contrarie as disposições do CIRE ³¹⁷, quer porque, como vimos, tendemos a considerar que a norma do art.º 22º configura um tipo especial de responsabilidade processual civil.

Ora, a disciplina geral do CPC parece privilegiar o exercício da responsabilidade por pedido processual infundado no próprio processo em que foram causados os prejuízos oriundos da litigância de má fé. Designadamente, do art.º 542º/1 do CPC parece resultar que a atribuição de indemnização fica dependente de pedido da parte no processo onde foi afectada.

A favor desta solução estão os princípios da economia e da utilidade processual ³¹⁸ e o facto de o tribunal onde está a correr a acção ser o que está em melhores condições para apreciar os pressupostos da responsabilidade processual estatuída no art.º 22º ³¹⁹, designadamente a existência de comportamento doloso ou gravemente negligente, o que é essencial para o juiz escolher a indemnização a atribuir (art.º 543º/1 e 2 do CPC). Contudo, embora possa considerar-se ajustada e seja seguida pelos tribunais na senda dos ensinamentos de CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA ³²⁰, cremos que a sua aplicação à generalidade dos casos de pedidos falimentares infundados é muito difícil.

De facto, existem três factores limitadores da sua aplicação. O primeiro tem que ver com a necessidade, para a sua operatividade, de os potenciais lesados disporem de

³¹⁷ Vd. o acórdão do TRC de 15-05-2012, www.dgsi.pt.

³¹⁸ LUÍS M. MARTINS, *Processo de insolvência...*, cit., p. 128, por apelo aos princípios gerais da economia e da utilidade processual, entende que a acção de indemnização pelo pedido infundado de insolvência deverá correr por apenso ao processo de insolvência.

³¹⁹ Este argumento foi usado no acórdão do TRL de 20-04-2010, www.dgsi.pt, para defender que, em regra, o pedido indemnizatório referente ao art.º 22º deve ser apresentado no próprio processo de insolvência. Contudo, o mesmo aresto reconhece que o art.º 22º não estabelece o momento ou a forma em que o pedido deve ser formulado, pelo que "...o interessado pode pedir a indemnização em qualquer altura, seja nos articulados, na audiência de discussão e julgamento, ou em sede de recurso, e pode pedi-la por qualquer forma, seja por meio de requerimento escrito ou oral." O pedido será depois tramitado como incidente da instância falimentar.

³²⁰ Vd. *Código da insolvência...*, cit., anotação art.º 22º, p. 145.

oportunidade processual para suscitem ao tribunal da insolvência o apuramento da responsabilidade e formularem o pedido indemnizatório. E o que se verifica é que isso nem sempre acontece. O segundo concerne com a circunstância, especialmente visada nesta dissertação, de ser imperativo garantir aos lesados pelo pedido falimentar infundado o recurso a outros regimes para lá da litigância de má fé prevista no art.º 22º, pelo que a responsabilização do requerente com base noutros enquadramentos poderá reclamar soluções que não assentem na necessidade de agir no próprio processo falimentar. Por último, não podemos perder de vista que a determinação da fase e do meio processual para solicitar a responsabilização pelo pedido infundado de insolvência variará, também, consoante o momento em que, *in caso*, seja estabelecida pelo tribunal a improcedência do pedido.

II. Vejamos, quanto ao primeiro factor avançado, ao contrário do devedor, que é citado para se defender através de oposição (arts.º 29º/1 e 30º) e tem, por isso, oportunidade para levantar a questão da responsabilidade pelo pedido infundado de insolvência no processo onde sofreu danos, antes mesmo de ser emitida sentença, os credores não são citados antes da emissão da sentença declaratória (art.º 37º) - que, de resto, caso se verifique, é normalmente imediata à apresentação do devedor (art.º 28º) – e não têm a referida oportunidade processual. Assim, se o pedido do devedor for liminarmente indeferido (art.º 27º/1/a)), os credores não terão outro remédio senão interpor, posteriormente, uma acção independente.

Fica, desde já, patente que a responsabilidade processual do art.º 22º só poderá ser efectivada no próprio processo de insolvência, quando este tenha sido indevidamente aberto por outro legitimado, tendo o devedor, nesse caso, oportunidade processual para se defender.

III. No tocante ao segundo factor referido, se tivermos em conta as hipóteses em que se extravasa a matéria da má fé processual e é necessário recorrer a outros dispositivos para além do art.º 22º do CIRE, designadamente aos arts.º 334º ou 483º/1 do CC, de modo a ser possível integrar todos os prejuízos sofridos com o pedido infundado de insolvência, então parece absolutamente necessário o recurso a acção autónoma para que se proceda à correcta apreciação da responsabilidade e à exacta determinação dos prejuízos (alguns verificados apenas a médio prazo, como os prejuízos relativos à imagem e à reputação do requerido).

Pronuncia-se neste sentido a maioria da doutrina ³²¹. FÁTIMA REIS SILVA defende o recurso a um processo autónomo de natureza cível, uma vez que o fim e a tramitação

³²¹ Já no raio do século XX, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Código de fallencias anotado*, cit., p. 46, defendia que a litigância de má fé, por apenas permitir a aplicação de multa e indemnização limitadas, não era suficiente para tornar efectiva a responsabilidade do requerente de falência pelos extensos danos causados, pelo que seria em

(urgente) do processo de insolvência não são adequados para a correcta efectivação da responsabilidade pelo pedido falimentar infundado, quando se extravase a matéria da má fé processual ³²². RITA MOTA SOARES, justamente quando não esteja em causa apenas uma responsabilidade preventiva ou punitiva (tendencialmente relacionada com a responsabilidade processual por litigância de má fé), mas antes uma responsabilidade civil, onde avulta a função constitutiva, perfilha o mesmo entendimento ³²³. E também o professor MENEZES CORDEIRO considera que quando estejam em causa “...danos em bola de neve, cuja determinação seja inviável nos quadros estreitos da litigância de má-fé [...] apenas uma ação indemnizatória *ad hoc*, com todos os meios de prova disponíveis e com as devidas garantias de defesa, permitirá um cabal ressarcimento.” ³²⁴

Registe-se, todavia, que esta orientação do recurso a acção autónoma é mais adequada para a responsabilidade civil do que para o abuso do direito de acção falimentar. Com efeito, embora tanto num caso como no outro estejamos perante institutos eminentemente privados, enquanto a efectivação da responsabilidade civil depende do pedido do lesado, que pode optar por deduzi-lo logo no processo falimentar ou abrir posteriormente uma acção propositadamente para esse efeito – a melhor solução, como se viu –, o abuso do direito pode ser conhecido oficiosamente pelo juiz do próprio processo onde ocorreu ³²⁵.

No que concerne à responsabilização jurídico-penal, que vimos ser possível, principalmente, no caso do devedor que se apresente de forma indevida, com isso causando a sua insolvência de outro modo inexistente (art.º 228º/1/a) do CP), naturalmente também será fora do processo insolvencial que se procederá à sua efectivação, estando o procedimento correspondente regulado no art.º 297º do CIRE.

Haverá, porém, que distinguir: se o pedido (fundado) de insolvência for deduzido por outro legitimado, poderá ser feita denúncia do devedor pelo crime de insolvência negligente (justificada na anterior apresentação indevida causadora da insolvência) no requerimento inicial, caso em que as testemunhas serão ouvidas na audiência de julgamento anterior à declaração de insolvência e, caso esta seja declarada, serão depois os depoimentos e restantes

acção por fora (de natureza cível) que aquela responsabilidade deveria ser discutida e a indemnização liquidada. De igual modo, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao código comercial português*, cit., p. 494, atendendo à gravidade dos danos que poderão resultar de um pedido injustificado de falência e à necessidade da sua correcta determinação, entendia que “...a indemnização terá de ser pedida pelo arguido em processo distinto, por acção ordinária...”

³²² Vd. “Algumas questões processuais no código da insolvência e da recuperação de empresas”, in *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – Miscelâneas*, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2004, p. 64.

³²³ Vd. “Sobre o pedido infundado de declaração de insolvência”, cit., p. 88.

³²⁴ Cfr. *Litigância de má-fé...*, cit., p. 183.

³²⁵ Trata-se, contudo, de um conhecimento oficioso limitado, dado que os pressupostos que constituem o abuso do direito devem ter sido previamente alegados e provados. Nesse caso, mesmo que o lesado não se tenha referido expressamente ao abuso, o juiz pode conhecê-lo (vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito...”, cit., p. 172, onde o autor indica os principais acórdãos que vão neste sentido).

elementos entregues ao MP, por ordem do juiz, para que exerça a acção penal (arts.º 297º/2 e 3 e 36º/1/h)); se for o próprio devedor a apresentar-se, o juiz, estando preenchidos os pressupostos para a declaração de insolvência, declarará a insolvência imediatamente (art.º 28º) e, assim que haja conhecimento de factos que indiciem a prática do crime de insolvência negligente (o que acontecerá logo que se relacione o surgimento da insolvência entretanto declarada com uma anterior apresentação indevida do devedor), informará o MP para que este promova a acção penal (arts.º 297º/1 e 36º/1/h)).

IV. Na determinação da fase e do meio processual para solicitar a responsabilização pelo pedido infundado de insolvência (seja nos termos do art.º 22º, seja com base noutros enquadramentos), deve ainda ser pesado o momento em que é detectada e estabelecida a improcedência do pedido. Naturalmente, essa improcedência tanto pode ser estabelecida logo na apreciação liminar (art.º 27º/1/a)) como apenas posteriormente, aquando da sentença de indeferimento (art.º 44º) ou, caso tenha sido declarada a insolvência, em sede de impugnação da sentença. Prossigamos, então, para a destrinça das diversas situações.

Na hipótese do indeferimento liminar do pedido de insolvência (art.º 27º/1/a)), o direito à indemnização terá de ser exercido em acção autónoma já que o processo termina.

Caso o tribunal opte por dar seguimento ao pedido, sendo o devedor o requerido, ele poderá opor-se à declaração de insolvência e, caso queira, solicitar de imediato a responsabilização pelo pedido infundado, ficando a aguardar a sentença de indeferimento da declaração de insolvência e a condenação do requerente ³²⁶. Mas sendo o devedor o apresentante, os potenciais lesados não terão oportunidade para se oporem à declaração e para pedir de imediato a responsabilização pela apresentação indevida, pelo que restará aguardar pela possibilidade de o juiz, por via da faculdade prevista no art.º 11º (princípio do inquisitório), optar por proferir sentença de indeferimento do pedido, caso em que os lesados poderão depois recorrer a acção por fora para responsabilizar o devedor apresentado.

Por fim, se o tribunal, não obstante a falta de fundamento do pedido ou da apresentação à insolvência, declarar a quebra, terá a decisão de ser posta em causa através de embargos ou de recurso (art.º 40º a 42º) e, caso seja revogada, poderá então formular-se o pedido indemnizatório, mas também em acção por fora.

³²⁶ Note-se que mesmo na hipótese em que o requerente venha a desistir do pedido falimentar (art.º 21º), caso o devedor tenha solicitado, no próprio processo, o apuramento da responsabilidade do requerente, e nisso continue a demonstrar interesse não obstante a extinção da instância por desistência, o tribunal da insolvência deverá fazer com que a acção prossiga exclusivamente para esse fim (com este sentido, vd. o acórdão do TRC 11-12-2012, www.dgsi.pt, e o acórdão do TRL de 17-02-2009, www.dgsi.pt, no qual é dito inclusivamente que “Se assim não fosse, qualquer pessoa poderia importunar outrem com litígios sabidamente infundados [...] bastando-lhe desistir ou confessar *in extremis*”).

V. No final de contas, fica claro que o único caso em que se deverá proceder de imediato, no próprio processo falimentar, à responsabilização pelo pedido infundado (art.º 542º/1 do CPC), será quando o processo tenha sido impulsionado por outro legitimado, o tribunal tenha dado seguimento ao pedido, não o indeferindo liminarmente, e o devedor pretenda suscitar a responsabilização processual, mormente nos termos do art.º 22º, tendo para tal oportunidade. Em todas as outras hipóteses, parece ser em acção posterior que se solicitará a responsabilização.

Repare-se, contudo, que mesmo naquele único caso há espaço para a defesa da existência de uma mera faculdade de exercício imediato do direito à indemnização, ao invés de uma imposição no sentido de se dever exercer o direito no próprio processo de insolvência. Neste sentido, PEDRO DE ALBUQUERQUE julga que seria demasiado limitador exigir ao devedor lesado que suscitasse a questão da responsabilidade pelo pedido infundado de insolvência no processo onde foi afectado, sempre que tivesse oportunidade para o fazer ³²⁷. Por nossa parte, entendemos que quando for melhor para o devedor agir no processo de insolvência em que sofreu os danos ³²⁸, tendo oportunidade processual, é aí que deve agir, por respeito aos já referidos princípios gerais da economia e da utilidade processual. Mas se assim não for, mesmo havendo a tal oportunidade, não se deve coarctar a hipótese de apurar a responsabilização do requerente em acção *ad hoc*. Caso contrário, poder-se-ia estar a beneficiar o infractor, uma vez que a determinação, no processo em curso, da totalidade dos prejuízos sofridos com a má fé pode não ter o mesmo rigor que numa acção propositadamente aberta para esse efeito ³²⁹.

³²⁷ Vd. *Responsabilidade processual...*, cit., p. 65 e 66.

³²⁸ O que acontecerá quando a parte prejudicada possa evitar ter “...de ir necessariamente discutir a questão para outro processo onde continuaria a ser moída e provocada...” (cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 65).

³²⁹ Isto é particularmente válido quando o processo em curso é urgente, como é o processo falimentar (art.º 9º/1).

CONCLUSÕES

I. A partir do momento em que o instituto da falência passou a ser sistematicamente regulado, o legislador português sentiu a necessidade de prever expressamente a responsabilidade pelo pedido infundado ou indevido de falência. Contudo, atendendo à perigosidade do procedimento falimentar e à exigência das normas responsabilizatórias, o enquadramento legal que foi sendo concedido era insuficiente.

II. Inexplicavelmente, o legislador actual continua a desconsiderar a situação do devedor indevidamente requerido e dos outros possíveis afectados. De facto, o art.º 22º do CIRE, ao dispor que “A dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, ou a indevida apresentação por parte do devedor, gera responsabilidade pelos prejuízos causados ao devedor ou aos credores, mas apenas em caso de dolo”, pode ser apontado como sendo o normativo português mais restritivo de sempre no que concerne a tutelar a posição dos sujeitos no âmbito de um processo especialmente lesivo.

III. Atenta a literalidade da norma, a dedução de pedido infundado de insolvência ou a apresentação indevida do devedor (elemento objectivo do tipo), a causação de prejuízos e a verificação do dolo (elemento subjectivo do tipo) parecem ser os pressupostos exigidos para haver responsabilização do requerente, imputando-se a este a obrigação de indemnizar.

IV. Em regra, um pedido infundado ou uma apresentação indevida à insolvência verificar-se-ão quando o devedor não estiver impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas (art.º 3º/1). Todavia, a identificação do estado de insolvência não é fácil, pelo que está concretizado em vários factos-índice (art.º 20º/1). A localização dos requerimentos injustificados deverá, assim, partir da análise dos arts.º 3º e 20º/1 do CIRE.

V. No caso do devedor, podendo apresentar-se logo que esteja numa situação de insolvência iminente (art.º 3º/4), só haverá apresentação indevida se não estiver sequer em estado de insolvência iminente, situação que não é facilmente reconhecível por terceiros.

VI. Para além do próprio devedor, o autor do CIRE concedeu legitimidade processual activa aos responsáveis legais pelas dívidas do devedor, aos credores e ao Ministério Público (art.º 20º/1), de forma que todos podem deduzir pedido infundado de insolvência, embora o caso paradigmático seja o do credor requerente. Visto que estes intervenientes não podem

recorrer ao critério da insolvência iminente e têm a sua legitimidade activa limitada à circunstância de se ter verificado algum dos factos-índice elencados no art.º 20º/1, se pedirem a insolvência actual sem arguir a verificação de um deles a pretensão será *ab initio* infundada e manifestamente improcedente. Haverá, todavia, igualmente pedido infundado de insolvência se for alegada a ocorrência de algum facto-índice, mas o devedor requerido lograr demonstrar que afinal o facto-índice se não verificou, ou se, mesmo tendo ficado provado o facto indiciador alegado, o requerido comprovar a sua solvência nos termos do art.º 3º (art.º 30º/3).

VII. O art.º 22º não especifica que tipo de danos poderá causar uma pretensão infundada de insolvência, nem se intenta reparar um determinado género de prejuízos. Ainda assim, a perigosidade característica do processo de insolvência e, em particular, do simples pedido de declaração, é reconhecida há muito tempo e em todo o lado.

VIII. É incontestável que o principal prejudicado pelo requerimento infundado de insolvência é o devedor que poderá ser declarado insolvente, podendo, neste caso, ponderar-se tanto os danos morais como os danos patrimoniais e ainda os encargos processuais. Contudo, não é descabido considerar que outros sujeitos e interesses possam ser afectados.

IX. A mera abertura do processo de insolvência pode significar, por si só, “danos em bola de neve” de montantes muito elevados, mas os prejuízos variam decisivamente consoante o desfecho da fase inicial do procedimento falimentar. Designadamente, se a sentença declaratória, indevidamente pretendida, vier a ser proferida, é dada publicidade geral ao processo e operam vários efeitos legais potencialmente danosos.

X. O grau de danosidade do processo falimentar varia, ainda, de acordo com o fim do processo que se abre, nomeadamente a recuperação do devedor ou a liquidação do seu património, facto que não pode ser desconsiderado por quem recorre indevidamente ao processo, principalmente pelos credores, devido ao seu estatuto e peso no rumo do processo.

XI. A grande especificidade do art.º 22º diz respeito à sua restrição em termos de grau de culpa. Uma interpretação gramatical do mesmo leva a crer que a inserção da expressão “mas apenas em caso de dolo” afasta a relevância dos comportamentos negligentes e permite censurar apenas as actuações dolosas. De fora da previsão ficariam, pois, muitas situações em que o requerente, agindo sem o grau de diligência exigível a quem pretende desencadear um processo com uma amplitude de consequências tão assinalável, decide abrir o processo, não

obstante o requerido não estar insolvente e fosse possível sabê-lo facilmente. Estamos certos que para estes casos de culpa grave tem de haver responsabilização e que tal deveria estar literalmente contemplado no art.º 22º.

XII. A circunscrição do art.º 22º ao dolo, embora tenha algum reflexo nas disposições pretéritas que entre nós vigoraram para a responsabilização do requerente falimentar, parece ter tido como principal influência uma orientação jurisprudencial restritiva, seguida de forma uniforme na Alemanha, que aplica o § 826 do BGB a comportamentos processuais ilícitos e danosos, entre os quais, precisamente, os requerimentos infundados de insolvência.

XIII. Aquando da aprovação do CIRE, era notória a preocupação de não dificultar a abertura dos processos judiciais de insolvência, de modo a torná-los mais céleres e eficazes. A restrição ao dolo do art.º 22º terá sido uma das formas que o legislador de 2004 encontrou para a prossecução desse objectivo.

XIV. O art.º 22º trouxe várias dissonâncias graves ao nosso ordenamento jurídico. É particularmente grave a contradição verificada, no sistema português da responsabilidade processual civil, entre o art.º 22º e o art.º 542º do CPC, que estabelece a responsabilidade por litigância de má fé, logo que haja negligência grave, para quem deduz pedido processual infundado. O confronto do art.º 22º com outros regimes especiais, que dizem respeito a comportamentos processuais ilícitos praticados em meios de elevada danosidade (arts.º 374º/1 e 858º do CPC), revela mais um atentado à homogeneidade do sistema, uma vez que nestes a censura se basta com a culpa simples do requerente. Igualmente, a contraposição do art.º 22º ao regime geral da responsabilidade civil (art.º 483º/1 do CC), onde há uma equiparação entre o dolo e a negligência, pode resultar na violação do princípio da unidade do sistema jurídico da responsabilidade, se se entender que a generalidade dos comportamentos processuais ilícitos pode fundar esta responsabilidade. Há, ainda, uma clara contradição valorativa quando se incrimina a apresentação indevida negligente causadora da insolvência (art.º 228º/1 do CP), mas o art.º 22º só responsabiliza civilmente a apresentação dolosa. Por último, o art.º 22º pode sugerir uma grave discrepância com vectores fundamentais do sistema (arts.º 18º/2, 20º/1, 26º/1 e 62º/1 da CRP), o que, no limite, poderá levar à sua inconstitucionalidade.

XV. Para enquadrar, coerentemente, o exigente art.º 22º no nosso sistema jurídico e conferir maior justiça na hora de responsabilizar por pedido infundado de insolvência, tendemos a identificar nele uma regra especial de responsabilidade processual civil, cujo

elemento subjectivo poderia expandir-se, pelo menos, aos comportamentos gravemente negligentes, graças à consideração da sua imanente teleologia (objectiva), ligada à responsabilização adequada do requerente falimentar, e ao facto de o ordenamento falimentar ter evoluído o suficiente para deixar de fazer algum sentido a limitação ao dolo.

XVI. Todavia, ainda que correctamente interpretado, pensamos que muito dificilmente o art.º 22º será capaz de repor a situação dos afectados pelo pedido falimentar indevido e responsabilizar devidamente os requerentes ímprobos, pelo que alinhamos com os autores que têm defendido a possibilidade de recurso a outros enquadramentos legais. Nesse sentido, estamos convencidos que, dependendo das especificidades do caso, a reacção legal poderá também basear-se na aplicação do regime geral da litigância de má fé (arts.º 542º a 545º do CPC), na aplicação do regime geral da responsabilidade civil (arts.º 483º e ss. e 762º e ss. do CC), na aplicação do instituto do abuso do direito (art.º 334º do CC) e, ainda, na responsabilização criminal (art.º 228º/1 do CP).

XVII. Por fim, quanto ao exercício processual da responsabilidade pela insolvência injustificada, há uma lacuna no CIRE. O passo lógico, por via do art.º 17º, seria a consideração do regime geral do CPC que privilegia a responsabilização por pedido infundado no processo em que foram causados os prejuízos oriundos da litigância de má fé (art.º 542º/1 do CPC). Contudo, esta solução muito dificilmente poderá ser aplicada na generalidade dos pedidos injustificados de insolvência, já que existem três factores limitadores da sua aplicação: a falta de oportunidade processual para agir de certos lesados; a possibilidade de responsabilizar o requerente com base noutros enquadramentos, que não a litigância de má fé do art.º 22º, e os diferentes momentos em que o tribunal pode estabelecer a improcedência do pedido falimentar. Firma-se, pois, a conclusão que o único caso em que se deverá proceder, de imediato, no processo falimentar, à responsabilização pelo pedido infundado, será quando o processo tenha sido impulsionado por outro legitimado, o tribunal tenha dado seguimento ao pedido, não o indeferindo liminarmente, e o devedor pretenda suscitar a responsabilização processual, mormente nos termos do art.º 22º, tendo para tal oportunidade. Em todas as outras hipóteses, parece ser em acção independente posterior que se solicitará a responsabilização.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-10-1993 (CARDONA FERREIRA), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21-11-2000 (AZADINHO LOUREIRO), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11-04-2005 (FONSECA RAMOS), in *Colectânea de jurisprudência*, ano XXX, Tomo II, 2005, p. 182 a 185.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17-10-2006 (GARCIA CALEJO), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20-11-2007 (TELES PEREIRA), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22-04-2008 (RODRIGUES PIRES), in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 32, Outubro-Dezembro, CEJUR, Braga, 2010, p. 71 e ss.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-02-2009 (ARNALDO SILVA), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20-04-2010 (ROQUE NOGUEIRA), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20-01-2011 (CANELAS BRÁS), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 06-10-2011 (RIBEIRO CARDOSO), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-03-2012 (FERNANDES DO VALE), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15-05-2012 (CARVALHO MARTINS), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-06-2012 (TELES PEREIRA), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11-12-2012 (MARIA JOSÉ GUERRA), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19-02-2013 (JACINTO MECA), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23-04-2013 (ISABEL FONSECA), in www.dgsi.pt.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PEDRO DE, “A declaração da situação de insolvência (alguns aspectos do seu processo)”, in *Sep. de estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques*, Almedina, Lisboa, 2007, p. 773 a 793.

ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, 2006.

ALEXANDRE, ISABEL, “O processo de insolvência: pressupostos processuais, tramitação, medidas cautelares e impugnação da sentença”, in *Themis – edição especial*, Almedina, 2005, p. 43 a 80.

ANDRADE, MANUEL DOMINGUES DE, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1976.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “O ‘abuso do direito’ e o art.º 334º do código civil: uma recepção transviada”, in *Sep. de estudos em homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. I, Coimbra Editora, Lisboa, 2006, p. 607 a 632.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *O direito. Introdução e teoria geral*, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2005.

Codigo commercial portuguez seguido de um appendice, Imprensa da universidade, Coimbra, 1879.

Collecção Official da Legislação Portuguesa, Imprensa Nacional, Lisboa (in <http://net.fd.ul.pt/legis.htm>).

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Do abuso do direito: estado das questões e prespectivas”, in *ARS Iudicandi, estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 125 a 176.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.

CUNHA, JOSÉ VIEIRA DA, “Apontamentos sobre a tramitação da insolvência”, in *Maia Jurídica Revista de Direito*, ano 3º, n.º 1, Janeiro-Junho, 2005, p. 3 a 32.

DIAS, AUGUSTO SILVA, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 2007.

FERNANDES, LUÍS CARVALHO e JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 2ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2009.

FERNANDES, LUÍS CARVALHO e JOÃO LABAREDA, *Colectânea de estudos sobre a insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009.

FERREIRA, MANUEL REQUICHA, “Estado da insolvência”, in *Direito da insolvência-estudos*, coord. Rui Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 131 e ss.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in *Sep. da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66º, n.º 2, Lisboa, 2006, p. 653 a 702.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, *Código de processo civil anotado*, vol. II, Coimbra Editora, 2001.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “Pedido de declaração de insolvência”, in *Código da insolvência e da recuperação de empresas – comunicações sobre o anteprojecto do código*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 11 a 20.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “Pressupostos objectivos e subjectivos da insolvência”, in *Themis - edição especial*, Almedina, 2005, p. 11 a 23.

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Comentário ao código comercial português*, vol. III, Lisboa, 1918.

HOUIN, ROGER, “Faillites et règlements judiciaires”, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, tomo X, 1957, p. 1004 a 1032.

JUSTO, A. SANTOS, *Introdução ao estudo do direito*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2009.

LEITÃO, HELDER MARTINS, *Da acção de falência, insolvência, recuperação da empresa e protecção dos credores*, Elcla, Porto, 1992.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito da insolvência*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

MACEDO, PEDRO DE SOUSA, *Manual de direito das falências*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1964.

MAGALHÃES, BARBOSA DE, *Código de fallencias anotado*, 1901.

MALAFAIA, JOAQUIM, “A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do código penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11º, n.º 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 219 a 249.

MARTINS, LUÍS M., *Processo de insolvência anotado e comentado*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2013.

MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito processual civil*, vol. II, Associação Académica, Lisboa, 1980.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas – comunicações sobre o anteprojecto do código*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

NETO, ABÍLIO, *Legislação complementar de processo civil anotada*, Ediforum, Lisboa, 1997.

NETO, ABÍLIO, *Novo código de processo civil anotado*, Ediforum, Lisboa, 2013.

PALMA, MARIA FERNANDA, “Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVI, n.º 2, Lex, Lisboa, 1995, p. 401 a 415.

PINHEIRO, JORGE DUARTE, “Efeitos pessoais da declaração de insolvência”, in *Sep. de estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 207 a 223.

“Responsabilidade civil do requerente de falência”, in *Revista dos Tribunais*, ano 56º, 1938, p. 306 a 308.

SALDANHA, EDUARDO D’ALMEIDA, *Das fallencias*, Imprensa Portuguesa, Porto, 1897.

SALGADO, ANTÓNIO MOTA, *Falência e insolvência/Guia prático*, 2ª ed., Editorial Notícias, Lisboa, 1987.

SERRA, CATARINA, *O novo regime português da insolvência – uma introdução*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

SILVA, FÁTIMA REIS, “Algumas questões processuais no código da insolvência e da recuperação de empresas”, in *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – Miscelâneas*, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2004, p. 51 a 80.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Introdução ao estudo do direito*, 3ª ed., Universidade Católica Editora, 2009.

SILVA, PAULA COSTA E, “A liquidação da massa insolvente”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65º, Dezembro 2005, p. 713 a 744.

SILVA, PAULA COSTA E, *A Litigância de má fé*, Coimbra Editora, 2008.

SILVA, PAULA COSTA E, “O abuso do direito de acção e o art.º 22º do CIRE”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Luís Carvalho Fernandes*, vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 157 a 166.

SOARES, RITA FABIANA DA MOTA, “Sobre o pedido infundado de declaração de insolvência”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 32, Outubro-Dezembro, CEJUR, Braga, 2010, p. 71 e ss.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Introdução ao estudo do direito*, vol. I, 11^a ed., Coimbra Editora, 2010.